H. Rehbein

Die Entscheidungen des Preussischen Obertribunals

II. Band.

Bayerische Staatsbibliothek
<36647709030015

14.93 = 18,50

H. Butz Referendar
12/VI 93.

8° Decis. Rehbein
153 b (2

Die Entscheidungen

des vormaligen

Preußischen Ober-Tribunals

auf dem Gebiete des Civilrechts.

Für das Studium und die Praxis

bearbeitet und herausgegeben

von

H. Rehbein,
Reichsgerichtsrath.

II. Band.

Berlin 1887.
Verlag von H. W. Müller.

BAYERISCHE
STAATS
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

Vorwort.

Um vielfachen, dem Verfasser und dem Verleger gegenüber geäußerten Wünschen zu entsprechen, erscheint der zweite Band dieses Werks, die Titel 10 bis 15 Thl. I ALR. und die dazu gehörigen Gesetze umfassend, hiermit abgeschlossen und mit einem Register der bearbeiteten Entscheidungen und einem Quellenregister versehen, welches die Benutzung der bisher erschienenen zwei Bände erleichtern soll.

Die außerordentlichen Schwierigkeiten der Bearbeitung verzögern die Vollendung des Werks mehr als erwartet. Der dritte Band ist in der Bearbeitung begriffen und wird baldmöglichst nachfolgen, beim Schluß des Werks ein das Ganze umfassendes Sachregister beigefügt werden.

Darf der Verfasser dem, was ihm von vielen Seiten ausgesprochen, folgen, so erreicht die Bearbeitung den im Vorwort zum ersten Bande ausgesprochenen Zweck, das lebendige Verständniß und die praktische Anschauung des Preußischen Rechts zu erleichtern, dem unsre vortrefflichen Lehrbücher nach ihrem Wesen und ihrer Anlage nicht immer Rechnung tragen können. Die Bearbeitung selbst hat aber dadurch, über den ursprünglich gedachten Rahmen hinausgehend, vielfach den Charakter des Lehrbuches angenommen und einen nicht erwarteten Umfang gewonnen. Der Verfasser hofft jedoch, daß der Werth des Werks dadurch nicht verloren hat.

Leipzig im November 1886.

H. Rehbein.

Inhaltsübersicht.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.

Register der bearbeiteten Entscheidungen in Band I und II.

Berichtigungen.

I. Band.

S. 797 Anm. Zeile 10 v. u. lies Präj. 2366 statt 2066.
S. 879 Erk. d. lies 19. Oktbr. 1860 statt 1869.
S. 937 Anm. Zeile 4 v. u. lies Erk. a. Nr. 117 statt 115.
S. 1092 Zeile 25 v. o. lies 20. März 1846 statt 30. März.

II. Band.

S. 274 Anm. Zeile 23, 24 v. u. lies StrA. 63 S. 335 statt 630, 335.
S. 359 Nr. 218 Erk. a. lies v. 14. März 1876 statt 1846.
S. 394 Gründe, Zeile 2 v. u. lies § 630 I 12 statt 360 I 12.
S. 409 Gründe, Zeile 4 v. o. lies **Einleitung** § 102 statt I 2 § 102.
S. 419 Nr. 224 Erk. b. lies v. 6. Oktbr. 1865 statt 1856.
S. 420 Gründe, Zeile 8 v. o. lies l. 27, 34 § 1 statt 27, 39 § 1.
S. 437 Gründe, Zeile 16 v. o. lies **Lesens** statt Lebens.
S. 624 Anm. Zeile 29 v. u. lies RG. 10 S. 240 statt 11 S. 240.

BAYERISCHE STAATS BIBLIOTHEK MUENCHEN

Erster Theil.

Zehnter Titel.

Nr. 191. §§ 1—5, 21—23, 24, 25 (I 2 §§ 131—134). Erwerb des Eigenthums. Mittelbare Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen. Titel und Uebergabe. Kollision mehrerer Eigenthumsprätendenten. (Recht. Hypothek. Wechsel.)*)

Erk. v. 5. Mai 1838; ObTr. 4 S. 70.

K. cedirte eine für ihn eingetragene Hypothek an E., ohne ihm das Dokument zu übergeben, welches sich damals in den Händen des P. befand, der es wegen einer Forderung an K. retinirte. Nachdem P. die Forderung gegen K. rechtskräftig erstritten, wurde ihm die Hypothek im Wege der Exek. in vim cessionis überwiesen und auf seinen Namen umgeschrieben. E. klagte demnächst gegen P. auf Anerkennung seines Eigenthums an der Hypothek. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen.

Gründe: Der Verklagte führt aus: 1. Kläger habe bis jetzt an der ihm cedirten Hypothek weder Eigenthum, noch überhaupt irgend ein dingliches Recht erlangt. Hieraus folge, daß derselbe zur Klage gegen ihn, den Verklagten, mit dem er in keinem Rechtsverhältnisse stehe, und zu dem Antrage auf Anerkennung seines Eigenthums nicht legitimirt sei; Kläger habe vielmehr nur einen persönlichen Anspruch an seinen Cedenten, und diesen möge er verfolgen. Wenn dessenungeachtet der

*) Vgl. Windscheid 1 §§ 153, 171, 172, § 197_{2-6}, § 199_{13}; Dernburg 1 §§ 238, 184, 249_{10}; 2 § 85 Nr. 8; Förster (Eccius) 3 § 178; 1 § 99_{155}, § 23. — Die §§ 1—5, 21—23, 24, 25 h. t. enthalten die für den mittelbaren Erw. des Eigenth. an bewegl. Sachen bedeutsamen Grundsätze: daß zum Erw. des Eigenth. Titel und Uebergabe gehört, nur der Eigenthümer Eigenth. übertragen kann, wo nicht das Gesetz Ausnahmen macht (I 15 §§ 42 ff., HGB. Art. 306—308), und die für die Vindikation wichtigen Sätze der §§ 22 ff. über die Kollision zwischen mehreren Eigenthumsprätendenten an derselben Sache. (Ueber die Kollision zwischen Eigenth. und andern dingl. R. an derselben Sache vgl. bei I 19.) Ueber den Begr. des Titels vgl. auch unt. Nr. 72 Bd. I S. 279, 280; unt. Nr. 183 S. 1047 und namentlich Nr. 90. Der Titel muß Titel zum Eigenthum sein, ein R. zur Sache begründen, § 131 I 2. In § 416 I 12 hat z. B. der Legatar keinen Titel zum Eigenthumserwerb an dem Kapital. Vgl. RG. 6 S. 236 daselbst. Anerkenntniß, daß ein Anderer verkauft hat, begründet keinen Titel zum Eigenthumserwerb gegen den so Anerkennenden, StrA. 95 S. 33. Vgl. Erk. a. Nr. 181 darüber, daß die formellen Mängel des Titels bei

App.-Richter dem Kläger das Eigenthum an dem Aktivum zugesprochen habe, so werde dadurch der aus den §§ 395—397 I 11 ALR., §§ 203, 206, 208 Tit. 2 HypO. und §§ 1—2 V. v. 9. Dez. 1809*) sich ergebende Rechtsgrundsatz verletzt, daß die bloße Ausstellung der Cession einer hypothekarischen Forderung ohne Uebergabe des Hypotheken-Dokuments kein Eigenthum an der Forderung gewähre.

Diese Ausführung kann nicht für begründet erachtet werden. Der Verklagte giebt zu, daß der nach seiner Ansicht verletzte Rechtsgrundsatz mit ausdrücklichen Worten im Gesetze nicht ausgesprochen sei, und sucht deshalb denselben aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze herzuleiten. Aus den von ihm angezogenen Vorschriften folgt indeß jener Rechtsgrundsatz nicht. Die §§ 395—397 I 11 ALR. befinden sich, dem Marginal zufolge, allerdings da, wo von der Form der Cession die Rede ist; allein sie belehren nur den Schuldner der cedirten Post über die bei der Zahlung an den Cessionar zu beobachtende Vorsicht. Hier handelt es sich aber nicht darum, ob ihm mit Sicherheit gezahlt werden könne; auch berührt diese Frage nicht den Verklagten, weil er nicht der Schuldner ist, welcher zahlen soll, sondern weil von ihm nur verlangt wird, daß er den Anspruch des Klägers auf das fragliche Aktivum anerkenne. Der § 394 a. a. O. bestimmt zwar noch, daß die Cession einer Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, schriftlich erfolgen muß; es geschieht jedoch der gleichzeitigen Uebergabe der Urkunde an den Cessionar keine Erwähnung, vielmehr geht nach der allgemeinen Vorschrift des § 393, durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung, das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über.

Die von dem Verklagten in Bezug genommenen Bestimmungen der HypO. Tit. 2 §§ 203, 206, 208 wegen des Verfahrens bei der Cession eingetragener For-

*) Rehbein u. Reincke, ALR. II. S. 405.

vorhandenem Willen, Eigenth. zu übertragen, den Uebergang des Eigenth. nicht hindern, nur persönliche Ansprüche zwischen den Kontrahenten begründen, sowie unt. Nr. 61 Bd. I S. 240, 241 und unt. Nr. 193a., daß auch bei Irrthum bei der Tradition (irrthüml. Tradition nicht geschuldeter Sache, cond. indeb., cond. sine c.) nur persönl. Anspruch auf Rückgabe dem Irrenden zusteht. Anders bei simulirter Tradition, die selbstverständlich kein Eigenthum schafft.

Betreffs der Uebergabe vgl. bei I 7, namentlich Nr. 138 über die Kollision zwischen Uebergabe durch Anweisung u. Zeichen u. körperl. Uebergabe, §§ 74—76 I 7, auf welche in § 23 h. t. verwiesen ist, u. Nr. 140 über Besitzerwerb durch Dritte, sowie bei I 13 über den Eigenthumserwerb durch Bevollm. u. neg. gestor. Ueber Uebergabe des Miteigenthums vgl. bei I 17.

Hier kommen namentlich die §§ 22 ff. über die Kollision zwischen mehreren Eigenthumsprätendenten in Betracht, die an sich auch auf Rechte als bewegl. Sachen anwendbar. Ein Beispiel giebt das mitgetheilte Erkenntniß. Unterschieden wird bei der Kollision, ob die Prätendenten ihre Titel von derselben Person oder von verschiedenen Personen herleiten. Der Fall, wo alle ihre Titel von derselben Person herleiten, liegt nicht vor, wenn der letzte, ursprüngliche Auktor aller derselbe. Hat A. an B., B. an C., A. an D. verkauft, so leiten C. u. D. ihren Titel von verschiedenen Personen ab; das Rechtsverhältniß zwischen B. u. A. berührt den C. an sich nicht, für ihn ist B. sein Auktor. Vgl. ObTr. 76 S. 253 (StrA. 94 S. 347), Erk. a. Nr. 193a. üb. d. exc. rei vend. ac trad. ab auctore. Von derselben Person rührt dagegen der Titel her, wenn der eine vom Eigenthümer selbst, der andere von dessen Bevollmächtigten erworben hat. Für diesen Fall können aber §§ 22, 23 h. t. allein nicht entscheiden, sondern es ist nach den §§ 85, 88, 93, 161 I 13 zu prüfen, welcher Titel der gültige, der vom Eigenthümer oder der vom Bevollmächtigten, da Kollision zwischen gültigem und ungültigem Titel nicht besteht, bei solcher der gültige Titel immer überwiegen muß. Vgl. StrA. 75 S. 153 zu I 13.

Nach § 23 soll aber bei Erw. von demselben Auktor die Uebergabe auch bei früherem Titel des Andern entscheiden, vorausgesetzt nach § 25 h. t., daß derjenige, der Uebergabe erlangt hat, nicht den früheren Titel des Anderen gewußt hat. Was für dieses Wissen zu verlangen, wird nur konkret unter Beachtung der §§ 15 ff. I 7 zu entscheiden sein. Jeden-

derungen haben, zufolge des §. 209 ebend., nur den Zweck, dem Cessionar Sicherheit zu gewähren, daß der Cedent mit dem Original-Instrumente keine zu seinem Nachtheile gereichende Disposition vornehmen könne; es ist aber nicht abzusehen, wie daraus der von dem Verklagten behauptete Rechtssatz folgen soll.

Gleich erfolglos scheint die Bezugnahme auf die §§ 1, 2 V. v. 9. Dez. 1809, wegen Mortifikation der an einen gewissen Inhaber, und wegen des öffentlichen Aufgebots der, an jeden Inhaber ausgestellten Privat-Schuldverschreibungen und Urkunden, in deren § 1 nur vorgeschrieben wird, daß die auf einen bestimmten Inhaber lautenden Verschreibungen und Urkunden nur auf eben die Weise verpfändet werden können, wie sie nach Vorschrift des ALR. I 11 §§ 394—417 abgetreten werden müssen, — während der § 2 von der Bekanntmachung einer solchen Verpfändung an den Aussteller der Urkunde, zum Besten und zur Sicherheit des Pfandgläubigers, handelt.

In keinem von allen angeführten Gesetzen ist daher verordnet, daß bei der Cession einer Forderung aus einer brieflichen Urkunde, die letztere selbst dem Cessionar, bei Strafe der Ungültigkeit der Cession, mit übergeben werden müsse, und dieser ohne die Uebergabe der Urkunde das Eigenthum an der ihm abgetretenen Forderung nicht solle erlangen können.

2. Behauptet Verklagter, daß er dem Kläger um deswillen vorgehen müsse, weil ihm der Besitz der Schuldverschreibung nebst dem Hypothekenschein durch das angeheftete Ueberweisungs-Dekret vom 8. Oktober 1836 gerichtlich eingeräumt, auch die überwiesene Forderung selbst bei dem Hypothekenbuche auf seinen Namen umgeschrieben worden sei. Er bezieht sich hierbei auf die Vorschriften des ALR. I 10 § 23; 2 § 7, und behauptet deren Verletzung durch den Appellationsrichter.

Abgesehen davon, daß dieser Nichtigkeitsgrund zum Theil auf einer thatsächlichen Behauptung beruht, die in den früheren Verhandlungen und Schriften nicht vorgekommen ist, und die mithin in der Nichtigkeits-Instanz keine Berücksichtigung ver-

---

falls muß die bona fides vorhanden sein nicht blos zur Zeit der Entstehung des Titels, sondern z. B. der Uebergabe, als der entscheidenden Thatsache, welche der Eigenthumserwerb wirkt, StrA. 75 S. 153, 157, 158; Bornemann 2 S. 223; Baron, Abhandl. aus dem preuß. R. S. 132; sich mit der bona fides z. B. der Entstehung des spätern Titels begnügen, steht mit der ratio des Gesetzes in direktem Widerspruch, giebt dem spätern Titel eine Bedeutung, die er an sich und nach dem Willen des Ges. nicht haben soll. Abweichend anscheinend StrA. 5 S. 373. Vgl. für den Fall des Erwerbs vom Bevollmächtigten, der auf seinen Namen gekauft und wieder verkauft hat, ObTr. 10 S. 113 unt. Nr. 192.

Nach dem mitgetheilten Erk. soll § 23 auch bei mehrfacher Cession von Hypotheken zu Gunsten desjenigen Cessionars entscheiden, dem das Dokument übergeben ist. Dasselbe nimmt StrA. 77 S. 242 in einem ähnlichen Falle an. A. hatte eine Hyp. an B. cedirt, das Dokument nicht übergeben können, weil er es vorher dem C. (ohne schriftl. Verpfändung) als Faustpfand übergeben. Später ließ C. sich im Wege der Exek. die Hyp. zur Einziehung überweisen (nicht an Zahlungsstatt). Bei der Subhastation liquidirten B. u. C. Das ObTr. hat hier gegen den 2. Richter die Streitmasse dem C. zugesprochen. Obwohl anerkannt, daß das Eigenth. cedirter Forderungen ohne Uebergabe des Dokuments auf den Cessionar durch die Cession übergeht, ObTr. 2 S. 332; Präj. 193 zu I 11 §§ 393 ff., wird unter Bezugnahme auf das obige Erk. ausgeführt, daß das HypDok. nicht blos Beweismittel, sondern Träger der Forderung sei, die Uebergabe des Dok. deshalb nach § 23 h. t. entscheide. Daneben ist noch auf den inzwischen aufgehobenen § 15 der HypNov. v. 24. Mai 1853 verwiesen und aus der rechtl. Natur der Assignation im Wege der Exek. deduzirt, daß der Cessionar auch dem Assignatar in vim assign. die Rechte aus der Cession nicht entgegenstellen könne. (Vgl. zu I 16.)

Die Bedenken dagegen liegen auf der Hand. Nach § 377 I 11 ist bei Forderungen die Cession der Traditionsakt; ist dies richtig, so bleibt für die Anwendung des § 23 h. t. bei mehrfacher Cession kein Raum. Davon läßt sich eine Ausnahme nur rechtfertigen bei Forderungen, bei denen die Schuldurkunde nicht bloße Beweisurkunde, sondern die Forderung von dem Dokument geradezu getragen wird, so daß sie ohne das Dok. nicht bestehen kann. Nur in solchem Falle gehört die Aushändigung des Dok. zur Tradition. Dies gilt sicherlich für

dient, sind auch die von dem Verklagten angeführten Gesetze nicht geeignet, die behauptete Richtigkeit des zweiten Urtels zu rechtfertigen.

Nach § 7 I 2 ALR. werden Rechte als bewegliche Sachen betrachtet, und der § 23 I 10 mit den vorhergehenden §§ 21, 22, sowie dem folgenden § 25 bestimmt für den Kollisionsfall zwischen mehreren Prätendenten, welche auf das Eigenthum einer beweglichen Sache aus einem an sich rechtsgültigen, von einer und derselben Person herrührenden Titel Anspruch machen, daß derjenige den Vorzug haben soll, welchem der Besitz eingeräumt worden.

Nach diesem Grundsatze würde es nun freilich ohne Einfluß sein, daß die Forderung dem Kläger früher cedirt worden, als die Ueberweisung an den Verklagten stattgefunden hat, vielmehr der Umstand, daß dem Letzteren der Besitz des hypothekarischen Dokumentes eingeräumt ist, zu dessen Vortheil entscheiden.

Der § 23 a. a. O. kommt jedoch nur unter den Voraussetzungen zur Anwendung, daß erstens beide Prätendenten ihren Anspruch aus einem an sich rechtsgültigen Titel von einem und demselben Autor herleiten (§ 22 ebend.), und zweitens der, den Vorzug in Anspruch nehmende zur Zeit der Uebergabe den früher entstandenen Titel des anderen nicht gekannt habe (§ 25).

Die erste Voraussetzung ist zwar als vorhanden anzunehmen. Denn wenn auch nach dem eigenen Vortrage des Verklagten ihm die Obligation von dem ursprünglichen Gläubiger nicht übergeben und noch weniger verpfändet worden ist, Verklagter dieselbe vielmehr durch einen Dritten empfangen und ihm nur gestattet ist, sie einstweilen in Verwahrung zu nehmen, hierdurch aber kein Titel zur Uebertragung des Eigenthums begründet wird, so liegt doch ein solcher unzweifelhaft in der gerichtlichen Verfügung, wodurch dem Verklagten die Forderung im Wege der Exekution überwiesen ist, und zwar leitet der Verklagte diesen Titel, ebenso wie der Kläger den seinigen, von derselben Person her, da das Gericht die Ueberweisung nur anstatt des ursprünglichen Gläubigers ausspricht.

---

den Wechsel, ohne den die Wechselforderung nicht entstehen, noch bestehen, noch wirksam übertragen werden kann. Da die Hyp. auch ohne Bildung eines Hypothekenbriefs entstehen und bestehen kann, können die für den Wechsel geltenden Grundsätze auf die Hyp. nicht übertragen werden, wohl auf die Grundschuld, die eine gleiche Natur hat. In OHG. 11 S. 250 hatte A. auf B. an eigene Order gezogen, B. acceptirt, A. die Forderung aus dem Wechsel an C., C. an D. cedirt, was an sich statthaft, den Wechsel aber nicht übergeben. Als ein Gläubiger des A. sich demnächst die Wechselforderung im Wege der Exek. überweisen ließ u. gegen B. auf Zahlung aus dem Wechsel klagte, dessen Besitz er erlangt hatte, exzipirte B. Zahlung an D. Hier würde die Zahlung an den nicht im Besitz des Wechsels befindlichen D. bedeutungslos gewesen sein, weil nach der Natur der Wechsel das Eigenth. an dem Wechsel ohne dessen Uebergabe auf C. u. D. nicht übergegangen war, beiden nur aus der Cession der persönl. Anspruch auf Ueberlieferung des Wechsels gegen A. erwachsen war. Das OHG. hat aber trotzdem unter Anwendung des § 25 h. t. abgewiesen, weil festgestellt, daß dem klagenden Gläubiger z. Z. der Ueberweisung und der Erlangung des Eigenth. an dem Wechsel die Cessionen und der daraus bestehende persönliche Anspruch auf die Aushändigung des Wechsels bekannt gewesen war, er deshalb sein Eigenthum gegen den Cessionar nicht hätte geltend machen können und deshalb auch die Zahlung an den Cessionar gegen sich gelten lassen mußte. Diese Sätze können auf Hyp. nicht angewendet werden, wenn es richtig, daß das Eigenth. der Hyp. ohne Uebergabe des Dok. durch die Cession übertragen wird, was nicht bezweifelt werden kann.

Darüber kann nach § 690 CPO. kein Zweifel bestehen, daß der bloße Eigenthums**titel** dem Erwerber der Sache bei Versteigerung in der Zwangsvollstreckung nicht entgegensteht, der § 25 h. t. weder dem Ersteher noch dem Gläubiger gegenüber dem persönl. Berechtigten Schutz verleiht, weil der bloße Titel dem Berechtigten kein die Veräußerung hinderndes R. giebt. (Wie sich dies bei unbewegl. Sachen und Eintragung einer Protestation, Vormerkung gestaltet, darüber vgl. unt. Nr. 193b.)

Ueber die Kollision bei der act. Public. vgl. unt. Nr. 146 S. 734 Bd. I.

Ueber die Kollision zwischen Eigenthumserwerb am Grundstück durch Auflassung und dem Titel zum Eigenthumserwerb an bewegl. Sachen auf dem Grundstück (stehendes Holz) bei Kenntniß von diesem Titel und die Anwendung des § 25 h. t. darauf vgl. ObTr. 78 S. 95 unt. Nr. 193a.

Dagegen fehlt es an der zweiten Voraussetzung. Der Verklagte hat nämlich mit seiner wider den K. angestellten Klage beglaubigte Abschrift einer Erklärung des K. selbst überreicht, worin der Letztere bemerkt: er sei nicht mehr im Stande, dem P. die gewünschte Cession auszustellen, da er bereits dem Gutsbesitzer E. diese Cession zugesichert habe. Diese Erklärung bezieht sich ohne Zweifel auf die Cession der in Rede stehenden Obligation, welche hiernächst auch einige Tage später wirklich an den E. erfolgt ist. Der Verklagte war mithin davon unterrichtet, daß K. über die Obligation zu Gunsten des Klägers anderweitig verfügt hatte. Wenn er dessenungeachtet die Forderung im Wege der Exekution sich überweisen ließ, so befand er sich bei dem hierauf gerichteten Antrage und somit auch zu der Zeit, wo ihm der Besitz des Hypotheken-Dokumentes mit dem Ueberweisungsdekrete eingeräumt wurde, nicht in gutem Glauben. Die Anwendung des § 23 a. a. O. auf den vorliegenden Fall wird daher durch die Vorschrift des § 25 ebend. ausgeschlossen.

Nr. 192. §§ 1, 6—20, 24, 25; EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 1 ff., 6; GrundbO. §§ 1, 3, 48, 49 ff. Mittelbarer Eigenthumserwerb an unbeweglichen Sachen (Grundstücken, Gerechtigkeiten, Bergwerken). Das alte Recht und das neue Recht; Verhältniß Beider. Umfang der Einwirkung des EigenthGes. v. 5. Mai 1872 (nicht rückwirkende Kraft, Ersitzung). Der eingetragene Eigenthümer.*)

a. PlPräj. 2501 v. 6. März 1854; ObTr. 27 S. 287 (StrA. 12 S. 360).
b. Erk. v. 15. Dez. 1873; ObTr. 71 S. 243.
c. Erk. v. 12. März 1875; ObTr. 75 S. 15.
d. Erk. v. 24. März 1876; ObTr. 77 S. 1.

Im Falle a. hatte A. 1849 zwei Grundstücke, als deren Besitzer er im Hypothekenbuche eingetragen, an B. verkauft, der, nachdem der Besitztitel für ihn berichtigt, gegen den im Besitz befindlichen C. negatorisch klagte. C. bestritt, dass A. oder B. Eigenthümer, indem er behauptete, dass er die beiden Grundstücke 1833 zusammen mit andern durch Kauf und Uebergabe erworben, dem A. 1845 einen Theil dieses Areals, aber ohne die beiden Grundstücke, verkauft, A. nie den Besitz erhalten, er selbst stets im Besitz geblieben. Beide Instanzen verurtheilten unter Bezug auf §§ 7, 8 h. t. Das Plenum hat vernichtet und Beweis angeordnet, indem es den Grundsatz aufgestellt: dass derjenige, der, wenn auch redlich, von dem eingetragenen Besitzer, der aber nicht wahrer Eigenthümer, gekauft, aber nicht übergeben erhalten, gegen den wahren, nicht eingetragenen Eigenthümer ein Recht auf die Sache nicht geltend machen könne. — Im Falle b. hatte A. 1852 ein Grundstück an B. verkauft, B. die Besitztitelberichtigung auf Grund des Vertrages, in welchem über die Uebergabe quittirt, 1853 erlangt, obwohl C. damals schon im Besitz des Grundstücks war. Nach dem 1. Okt. 1872 klagte B. gegen C. auf Grund § 7 des Ges. v. 5. Mai 1872 auf Herausgabe. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle c. hatten die vor dem 1. Okt. 1872 eingetragenen W.'schen Erben im Januar 1873 an A. aufgelassen, der

---

*) Vgl. Dernburg 1 §§ 185, 190, 192, 199, 240, 241, 243; Förster (Eccius) 3 §§ 172, 178 II. (besonders Anm. 56), § 180_{22}; Dernburg u. Hinrichs, Preuß. Hypoth.Recht S. 6 ff., 61, 232 ff. Zu dem PlBeschl. Erk. a. gaben Anlaß die abweichenden Entsch. in StrA. 3 S. 220; 8 S. 226. Nach der Auslegung, welche der übrigens nicht

darauf gegen den im Besitz befindlichen B. vindizirte. B. berief sich auf 10 bez. 30jähr. Ersitzung, die schon vor dem 1. Okt. 1872 vollendet war. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen abgewiesen und auf die Widerklage zur Anerkennung des Eigenthums des B. verurtheilt. — Im Falle d. war A. 1825 als Besitzer der Stelle Nr. 54 eingetragen, hatte 1837 zu derselben eine zur Stelle Nr. 13 gehörige Parzelle mündlich zugekauft und übergeben erhalten, die Stelle war mit diesem Besitzstande auf seine Erben 1845 übergegangen, von diesen $\frac{1848}{1853}$ an die B., von dieser $\frac{1870}{1871}$ an C. förmlich verkauft, übergeben, C. als Eigenthümer eingetragen. Die Stelle Nr. 13, als deren Zubehör die Parzelle im Kataster eingetragen, war nach dem 1. Okt. 1872 an D., von D., sodann die Parzelle an E. aufgelassen und auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragen E. nahm das Eigenthum der Parzelle für sich in Anspruch, obwohl C. sie besass. C. klagte gegen E. auf Anerkennung seines Eigenthums und Auflassung, indem er sich auf Ersitzung und darauf berief, dass dem E. der Abverkauf und die Ersitzung bekannt gewesen, ebenso wie dem D. Die Klage ist durchgedrungen.

Gründe: a. Die Frage bezieht sich wesentlich darauf, ob derjenige, welcher im guten Glauben von dem eingetragenen Besitzer ein Grundstück kauft, dasselbe aber nicht übergeben erhält, dennoch, dem Naturalbesitzer gegenüber, Eigenthumsrechte gewonnen habe. Diese Frage muß nach der bestehenden Gesetzgebung verneint werden.

Die Stellung der beiden Hauptmodi zum Erwerbe von dinglichen Rechten an Grundstücken ist beim mittelbaren Erwerbe des Eigenthums die, daß schon die zum Titel kommende Uebergabe, auch ohne Besitztitel-Berichtigung, das Eigenthum giebt, andererseits aber auch diese Uebergabe, mit Ausnahme des Falles des nothwendigen Verkaufs, zu jenem Erwerbe erforderlich ist, ALR. I 9 § 3; 10 § 1. Vor der Uebergabe ist für den Erwerber nur ein Titel zum Erwerbe des Eigenthums vorhanden, I 10 § 2. Die Zuschreibung im Hypothekenbuche, ohnehin seit dem 31. Okt. 1833 fakultativ, setzt den vorgängigen Erwerb des Eigenthums voraus; denn wer die Eintragung begehrt, „muß sein darauf erlangtes Eigenthumsrecht dem Richter der Sache nachweisen", I 10 § 6. Daher rechtfertigt sich auch die wiederholt in den Anweisungen des Justiz-Ministerii an die Gerichte ausgesprochene Ansicht, daß der Erwerber vor geschehener Uebergabe die Berichtigung des Besitztitels für sich nicht fordern könne. Reskr. v. 19. Juni 1816, 17. Mai 1819, 24. Sept. 1832, 26. März 1834. Wird dennoch die Zuschreibung ohne Uebergabe erlangt, so ist der Eingetragene nicht Eigenthümer geworden; die Zuschreibung ersetzt zwar bei dem Nutzungsrecht an einem fremden Grundstücke, I 21 § 4, aber nicht beim Eigenthume die Uebergabe, I 11 § 125. Die Wirkung einer solchen Zuschreibung besteht vielmehr nur darin, daß dadurch der Titel zum Eigenthum insoweit die Verstärkung erhält, daß der Erwerber einem Anderen, der ebenfalls nur einen Titel und zwar von demselben Autor geltend macht, in den Ansprüchen auf Erlangung des Eigenthums vorgeht, I 10 §§ 18, 19.

---

unangefochten gebliebene PlBeschl. den §§ 1, 7 h. t. gegeben, eine Auslegung, die nicht wieder verlassen worden ist, begründete auch bei Grundstücken, wie bei Mobilien, nur Titel u. Uebergabe den Eigenthumserwerb. Die Eintragung des Eigenthümers im HypB., die sog. Besitztitelberichtigung, hatte nur die Bedeutung der Beurkundung des vorher stattgehabten Eigenthumserwerbs, der vorausgesetzt wurde, deklaratorische, nicht konstitutive Natur. Durch den Akt der Besitztitelberichtigung wurde der falsche Eigenthümer nicht wahrer Eigenth., das wahre Eigenth. nicht aufgehoben. Konsequent folgte daraus, daß die Besitztitelberichtigung zwar eine gewisse formelle Legitimation zur Geltendmachung des beurkundeten Eigenthums verschaffte, zur Substantiirung der vindic. genügte, als solche aber schon fortfiel, wenn sich aus der Klage oder der Vertheidigung ergab, daß die Vorauss. des Eigenth., Uebergabe, Besitz, fehlte. Erk. b. RG. 5 S. 282. Daneben blieb nach §§ 7—9 h. t. allerdings die sehr bedeutsame Dispositionsbefugniß des Eingetragenen für die Belastung des Grundstücks bestehen, die dem gutgläubigen, von dem wahren Eigenth. nicht unterrichteten Dritten unantastbares Recht verlieh. Vgl. § 9 Abs. 2 EigenthGes. u. zu I 19, 20. Die Folge der Auffassung des PlBeschl. war, daß auch die §§ 18—20 h. t., wonach bei Kollision mehrerer

Die vorstehend entwickelten Grundsätze sind an sich durchaus zweifellos. In Widerspruch mit denselben kann eben deshalb nicht behauptet werden, daß der Käufer lediglich aus dem Grunde, weil sein Autor als Besitzer eingetragen war und der Käufer ihn im guten Glauben für den Eigenthümer gehalten hat, gegen den wahren im Besitze gebliebenen Eigenthümer sich als Eigenthümer darstellen kann. Eine solche Folgerung läßt sich auch aus den §§ 7—9 I 10, um deren Auslegung es sich vornehmlich handelt, nicht ableiten.

Nach dem vorhergehenden § 3 erlangt der neue Besitzer auch durch die Uebergabe das Eigenthum der Sache (mit Ausnahme der I 15 §§ 42 folg. bezeichneten Fälle) erst dann, wenn der Tradent selbst Eigenthümer gewesen. Nach § 6 muß, wer über ein Grundstück gerichtlich verfügen will, sein Eigenthumsrecht dem Richter der Sache nachweisen und es im Hypothekenbuche vermerken lassen. Hieran schließen sich die §§ 7, 8, 9, nach welchen Bestimmungen der Eingetragene in allen mit Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als Eigenthümer desselben angesehen wird, und die Befugnisse dessen, welcher in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, von dem nicht eingetragenen Eigenthümer nicht angefochten werden können, welcher letztere vielmehr nur etwa Schadloshaltung von dem Eingetragenen fordern kann. Hieraus folgt daher allerdings, daß der Eingetragene dem Gerichte gegenüber zu gerichtlichen Verfügungen legitimirt ist, ohne daß es des weiteren Nachweises seines Eigenthumsrechts, namentlich daß sein Vormann Eigenthümer gewesen, bedarf. § 3. Es folgt ferner, daß auch Dritte ohne weitere Forschungen ihn in ihren Verhandlungen mit ihm als Eigenthümer betrachten können mit der Sicherheit, daß die durch solche Verhandlungen erlangten Befugnisse durch den wahren Eigenthümer oder dessen Nachfolger nicht angefochten werden können. Der Eingetragene mithin, sollte er auch niemals Eigenthümer geworden sein (weil er etwa den Besitz nicht erlangte) oder sollte er sein Eigenthum etwa durch gültige Veräußerung mit Tradition wieder aufgegeben haben, ist doch für Dritte ein fingirter Eigenthümer als wahrer und alleiniger Eigenthümer anzusehen (HypO. II § 92) und kann ihnen in Bezug auf das Grundstück Rechte verschaffen, gleich als wäre er der wahre Eigenthümer, wiewohl außer ihm noch ein wahrer nicht eingetragener Eigenthümer, § 10, sei er ein Vormann oder ein Nachmann des Eingetragenen, existirt. Daraus folgt aber nicht, daß solche Dritte ohne Tradition die Stellung eines Eigenthümers dem wahren Eigenthümer gegenüber gewönnen. Dies würde 1. der Anerkennung des Gesetzes widersprechen, daß es noch einen wahren Eigenthümer geben kann. Denn wenn jener Käufer gegen diesen Eigenthumsrechte haben sollte, so müßte er sie noch viel mehr gegen Andere haben; wer könnte, wenn dieser, der wahre Eigenthümer, nicht, ihm sein Eigenthum bestreiten und anfechten? Und ferner wäre dann auch der Käufer nicht blos vorläufiger, sondern definitiver Eigenthümer, da nach § 9 der Nichteingetragene gegen ihn gar keinen Eigenthumsanspruch erheben, sondern nur gegen den Autor auf Schadensersatz dringen dürfte. Ließe man also jene Folgerung zu, so könnte von einem sonstigen wahren Eigenthümer gar nicht mehr gesprochen werden, es würde vielmehr der Verkauf eines Grundstücks durch den Eingetragenen an einen redlichen Erwerber für den besitzenden

---

Prätendenten der frühere Titel bez. der Titel von dem Eingetragenen vorgehen sollte, nur auf den Fall angewendet wurden, wo dem Titel nicht die Uebergabe hinzugetreten und der Eingetragene der wahre Eigenthümer war. So StrA. 14 S. 234, wo A. von B. gekauft und Besitztitelberichtigung, aber nicht Uebergabe erlangt hatte und gegen C. vindizirte, der nachher von B. ebenfalls gekauft, aber übergeben erhalten hatte. Die Klage ist abgewiesen, weil dem A. der Titel ohne Uebergabe nutzlos. Dies gilt nach den unt. Nr. 90 bereits mitgetheilten Grundsätzen auch da, wo der Titel zum Eigenthumserwerb formell mangelhaft, z. B. nur mündlich verkauft und übergeben war, weil die formelle Mangelhaftigkeit des Titels den Eigenthumserwerb durch Tradition nicht berührte, nur den Kontrahenten einen obligatorischen Anspr. auf Aufruf des Vertrags und Rückgabe nach §§ 155 ff. I 5 gab, ObTr. 66 S. 7; 68 S. 223. Konsequent folgte daraus weiter, daß selbst der Ersteher in nothwendiger Subh., wenn nicht Aufgebot u. Präklusion erfolgt, gegen den wahren Eigenthümer nicht vindiziren konnte, StrA. 32 S. 72; ObTr. 44 S. 77; 58 S. 83, daß der Käufer, auch der Ersteher, nicht befugt, vor dem Verkauf vom Verkäufer mündlich veräußerte und übergebene Parzellen, Pertinenzstücke zu vindiziren, selbst wenn solche Pertinenzien im Hyp.-B.

Eigenthümer ein modus amittendi dominii sein. 2. Nach § 8 kann der Naturaleigenthümer die vom Dritten durch Verhandlungen mit dem Eingetragenen erlangten Befugnisse nicht anfechten, gleich als wäre der Eingetragene zur Disposition berechtigt gewesen. Wenn also der Eingetragene dem Dritten durch Willenserklärung und Eintragung eine Hypothek, einen Nießbrauch, I 21 § 4, verschafft, so muß auch der im Besitz der Sache sich befindende Naturaleigenthümer sich diese dingliche Rechte an seiner Sache gefallen lassen, weil sie auch ohne Besitzeinräumung begründet werden können. Wenn aber jener fingirte Eigenthümer an dem Grundstück ein wirkliches Pfandrecht verheißt, es verkauft, verschenkt, aber in allen diesen Fällen den Besitz nicht einräumt, so hat er seinem Mitkontrahenten eben nur einen persönlichen Anspruch gegen sich, einen Titel zum dinglichen Recht, nicht das dingliche Recht selber verschafft, und kann ebendeshalb der Letztere ein Pfandrecht-Eigenthum gegen Niemanden geltend machen, denn er könnte es ja auch nicht, wenngleich sein eingetragener Autor wahrer Eigenthümer gewesen wäre.

Die vom Käufer erworbene persönliche Befugniß geht, von den Einwirkungen einer mala fides abgesehen, nur gegen die bestimmte Person, mit der er kontrahirte, und ihre Rechtsnachfolger. Will man also die Vorschrift des § 8 hier zur Anwendung bringen, und vermeidet man dabei den zweideutigen Ausdruck: „der Naturaleigenthümer solle die Dispositionen des Eingetragenen, oder die Befugnisse des Dritten anerkennen", sondern hält sich an den wahren gesetzlichen: er solle diese Befugnisse nicht anfechten, so heißt dies: der Naturaleigenthümer solle jenem persönlichen Anspruche nicht entgegentreten, wozu er auch keinen Anlaß haben wird, nicht aber heißt es: er solle, ohne Rechtsnachfolger des anderen Kontrahenten geworden zu sein, dessen Verpflichtungen erfüllen und das Gut dem Käufer übergeben. Der Käufer hat gerade so viele Rechte, als wenn er mit dem wahren eingetragenen Eigenthümer verhandelt hätte, aber auch nicht mehr; ein solcher mag von dem Verkäufer fordern: erfülle den Kauf durch Uebergabe oder leiste Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und kein Dritter darf dem entgegentreten; wie könnte aber ein dritter Besitzer genöthigt werden, selber den ihm fremden Kontrakt zu erfüllen?

Der § 8 a. a. O. kann überhaupt unter den Befugnissen, welche der Eigenthümer gegen sich gelten lassen soll, nur solche im Auge haben, die sein Eigenthumsrecht angehen aber es nicht aufheben, dingliche Rechte an seiner Sache; also einerseits nicht bloße persönliche Rechte gegen Dritte, denn deren Nichtanfechtung durch ihn versteht sich ganz von selbst, andererseits nicht das Eigenthumsrecht selber, denn dann wäre kein Anderer mehr da, von dem es heißen könnte, er müsse, wiewohl Eigenthümer, die erworbene Befugniß gegen sich gelten lassen. 3. Mit diesen Erfolgen stimmt auch der Grund der Vorschriften in §§ 8, 9 vollkommen überein. Es soll nämlich a. Derjenige, welcher mit dem Eigenthümer eines Grundstücks zu verhandeln hat, sich schnell und zuverlässig davon überzeugen können, daß er den rechten Mann vor sich habe. Es soll b. der wahre Eigenthümer, der die Umschreibung auf sich nicht besorgt, oder der Umschreibung auf einen Anderen nicht widersprochen hat, die Folgen dieser Unterlassung, insoweit als ein Versäumniß darin liegt und zwar

---

eingetragen und nicht abgeschrieben, und Aufgebot u. Präklusion nicht hinzugetreten, ObTr. 6 S. 279; StrA. 32 S. 72. (Vgl. jetzt SubhO. v. 15. März 1869 § 13 Nr. 7; SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 40 Nr. 9, § 71 Abs. 2.) In Zusammenhang mit dem Grundsatz des PlBeschl. stand endlich, daß auch die Ersitzung gegen den Eingetragenen Eigenth. verschaffte, § 511 I 9, wie schon früher hervorgehoben, nur auf den Erwerb der jura in re, nicht auf Ers. des Eigenth. anwendbar. Vgl. Erk. c. u. d.

Daneben aber bestand auch für Immobilien, wie für Mobilien, nach § 25 h. t. der Grundsatz, daß das durch Titel, Uebergabe, Eintragung erworbene Eigenth. gegen den früheren bloßen Titel zum Eigenthumserwerb nicht durchgriff, wenn es mit Wissen dieses Titels erworben, so Präj. 2059; ObTr. 16 S. 519; StrA. 37 S. 166; ObTr. 40 S. 418; 68 S. 223, — u. nach § 24 h. t. der Grundsatz, daß kein Erwerb des Eigenth. von dem Eingetragenen möglich, wenn der Erwerber z. Z. des vollendeten Erwerbes wußte, daß der Eingetragene nicht wahrer Eigenthümer. Da nach dem PlBeschl. die Eintr. allein kein nicht vorhandenes Eigenth. schuf und der Eingetragene nicht vorhandenes Eigenth. auch nicht übertragen konnte, so hatte der Grundsatz bei Immobilien (bei Mobilien überhaupt nur in den Fällen,

in der Weise tragen, daß er wegen der ihm nachtheiligen Verfügungen des Eingetragenen sich nur an diesen, nicht an den Dritten, der dem Glauben des Hypotheken-Buchs folgt, halten darf. Daraus ergiebt sich: zu a. Das Hyp.-Buch sichert dem Dritten zwar die Dispositionsfähigkeit des Eingetragenen, aber nicht, daß dieser rechtlich oder thatsächlich im Stande sei, zu erfüllen, namentlich dem dritten Käufer die Sache zu übergeben und ihn zum Eigenthümer zu machen. Mag auch das Hyp.-Buch dafür einstehen, daß der Eingetragene zur Zeit der Besitztitel-Berichtigung auch Besitzer gewesen sei, so steht es doch nicht dafür ein, daß er den Besitz noch habe, noch weniger dafür, daß er nicht schon einem Anderen zur Tradition verbunden sei. Das Hyp.-Buch braucht z. B. nichts davon zu enthalten, daß der Eingetragene schon früher den Gegenstand einem Anderen rechtsgültig verkauft, ja auch etwa schon übergeben hat, daß also der zweite Käufer nach § 19 I 10 mit seinem Eigenthumsanspruche weichen und mit einer Schadloshaltung zufrieden sein muß. Wer also glaubt, daß der Verkäufer ihm auch tradiren könne und werde, der trauet nicht dem Hyp.-Buch, sondern den Worten und Garantieen des Verkäufers und anderen Erkundigungen und Wahrnehmungen, der wird, wenn sich ergiebt, daß ein anderer Besitzer vorhanden sei und daß er selber nicht Eigenthümer werden könne, nicht durch das Hyp.-Buch getäuscht. Wenn daher geltend gemacht wird, daß für den Käufer die unumstößliche Wahrheit bestehe, daß der Eingetragene wahrer Eigenthümer sei, so ist dies an sich zwar richtig, daraus folgt aber noch nicht, daß er fest darauf rechnen könne, er werde kraft seines Kontraktrechts gegen den Verkäufer auch Eigenthümer und somit gegen Alle berechtigt werden. Zu b. aber wird der nicht eingetragene Eigenthümer und Naturalbesitzer es zwar seiner Unterlassung zuzuschreiben haben, wenn ohne seinen Willen etwa Hypotheken dem Grundstücke aufgebürdet werden, die er gelten lassen muß. Dagegen darf er mit Recht annehmen, daß, so lange er im Besitze des Grundstücks sich befindet, dieses Grundstück auch nicht einem Dritten tradirt und demselben somit durch gewöhnlichen Verkauf übereignet werde. Er hat keinen rechtlichen Anlaß zu der Besorgniß, daß er in den Fall kommen könne, einen Privatkäufer als Eigenthümer anerkennen zu müssen, und es trifft ihn noch nicht der Vorwurf einer Versäumniß, wenn er gegen solche Möglichkeiten sich nicht schützt.

Hieraus folgt daher unabweislich, daß ein Käufer in der bei der vorgelegten Streitfrage vorausgesetzten Lage nicht Eigenthümer des Grundstücks geworden ist, und also auch nicht fordern kann, daß der nicht eingetragene Eigenthümer ihn als Eigenthümer gelten lasse. Darin findet denn auch die Frage ihre Erledigung, ob jener Käufer gegen jeden seine Disposition über das Grundstück hindernden Widerspruch und Anspruch des wahren Eigenthümers gesichert sei?

Da hierbei eine Eintragung auf den Namen des Käufers nicht vorausgesetzt wird, so würde der Käufer als ein solcher zu betrachten sein, der weder vollkommener noch Natural-, noch fingirter Eigenthümer, noch sonst dinglich berechtigt ist, sondern lediglich einen persönlichen Anspruch gegen seinen Vormann aus dem Kaufkontrakte hat. Bei einem solchen kann nun zwar von einer Abtretung seines Forderungsrechts die Rede sein, und dagegen wird der wahre Eigenthümer nichts einzuwenden haben,

---

wo Titel und Uebergabe ausnahmsweise auch nicht vorhandenes Eigenth. überträgt, Nr. 191) wesentliche Bedeutung nur da, wo der Eingetr. in der Lage gewesen war, auch zu übergeben, und wo der Eingetragene zwar nicht Alleineigenthümer, aber Miteigenthümer. In der Praxis ist dies namentlich bei der ehel. GG. zur Sprache gekommen. Wer von dem in GG. lebenden Ehegatten das auf dessen alleinigen Namen eingetragene Grundstück erwarb, erwarb unanfechtbares Eigenthum, wenn er nicht wußte, daß GG. bestand oder daß der Verkäufer verheirathet; wo die GG. gesetzlich bestand, genügte das Wissen von der bestehenden Ehe, da der Käufer die dann gesetzlich bestehende GG. wissen mußte, Präj. 686; StrA. 12 S. 74; 58 S. 107; ObTr. 62 S. 62 (StrA. 76 S. 262). In letzterem Falle hatte A. nach dem Tode seiner Ehefrau ein gg., aber auf seinen Namen allein eingetragenes Grundstück an B. verkauft und übergeben. B. wußte, daß A. verheirathet gewesen, A. hatte ihm aber unwahr mitgetheilt, daß er sich mit seinen Kindern wegen des gg. Vermögens auseinandergesetzt. Als die Kinder gegen B. vindizirten, berief er sich auf das Hyp.-B. und seine bona fides, das ObTr. hat indessen gegen beide Instanzen nach § 10 h. t. verurtheilt, weil auf Grund der publica fides des Hyp.-B. nicht erworben, da B. gewußt, daß A. zur Zeit der Eintragung nicht wahrer

aber doch nicht von Dispositionen über das Grundstück selber, also auch nicht von Schutz gegen Maßregeln, welche dem Eigenthümer wider solche Eingriffe eines Fremden zu Gebote stehen. Bringt man aber das Moment, die Besitztitel-Berichtigung für den Käufer selber mit in die Frage hinein, so steht die Sache allerdings etwas anders. Der Käufer ist dann nach § 7 I 10 ALR. zu Dispositionen über das Grundstück dem Gerichte und Dritten gegenüber legitimirt. Es wird also der Naturaleigenthümer, wenn sein Recht nicht bekannt ist und anerkannt wird, zur Hinderung jener Dispositionen für einen Vermerk im Hyp.-Buche nach § 11 I 10 ALR. und wenn er selber volle Disposition gewinnen will, für die Umschreibung des Besitztitels auf seinen Namen Sorge tragen müssen.

Der Weg Rechtens, um diese Zwecke zu erlangen, ist ihm durch die §§ 7 folg. I 10 nicht abgeschnitten. Denn wenn das Gesetz noch die rechtliche Möglichkeit anerkennt, daß außer dem Eingetragenen ein wahrer Eigenthümer existirt, daß also jener nur ein fingirtes Eigenthum habe, so muß es auch Mittel geben, dieser Fiktion, die doch als solche nicht unbegrenzt und unbedingt gelten kann, durch den Nachweis des wahren Eigenthums eines Anderen ein Ende zu machen, und das Hyp.-Buch mit dem wirklichen Recht wieder in Einklang zu bringen. Da ferner der Nichteingetragene seinen Antrag auf Umschreibung auf sein Eigenthum stützt, so wird er diesen dinglichen Anspruch auch gegen den dritten Käufer, mit dem er in keinem obligatorischen Nexus steht, zu erheben befugt sein. Geht dieser auf seine Vormänner zurück und zieht sie zum Streite herbei, ebenso erforderlichen Falls der Kläger, so wird das wahre Rechtsverhältniß aufgedeckt werden und nach diesem zu entscheiden sein.

Gründe: b. Die Frage: ob es zur Begründung der Vindikationsklage auf Herausgabe eines Grundstückes nach dem bisher geltend gewesenen Rechte genügte, wenn für den Kläger der Besitztitel desselben berichtigt war, so daß der auf dessen Herausgabe belangte Verklagte einem solchen Kläger gegenüber sein besseres Besitzrecht nachzuweisen haben würde, ist wiederholt Gegenstand der Entscheidung des obersten Gerichtshofes gewesen. Der PlBeschl. v. 6. März 1854*) hatte den Rechtsgrundsatz festgestellt, daß, wenn der Besitztitel eines Grundstückes für eine Person eingetragen, die nicht wahrer Eigenthümer ist, und Jemand von dieser Person, sei es auch redlicher Weise, das Grundstück ganz oder theilweise angekauft, aber noch nicht übergeben erhalten hat, dasselbe sich vielmehr im Besitze des wahren, nicht eingetragenen Eigenthümers befindet, der Käufer gegen den letzteren ein Recht auf die Sache, selbst wenn die Eintragung auf ihn geschehen, nicht geltend machen könne. Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß bei dem mittelbaren Erwerbe von Grundstücken zwar schon die zum Titel hinzukommende Uebergabe, auch ohne Besitztitelberechtigung, das Eigenthum giebt, andererseits aber auch diese Uebergabe, mit Ausnahme des Falles des nothwendigen Verkaufes, zu jenem Erwerbe unumgänglich erforderlich ist, § 3 I 9; § 1 I 10 ALR. Wird die Zuschreibung ohne Uebergabe

*) Erk. a.

Eigenthümer, deshalb § 10 h. t. anwendbar, da B., wenn er der Angabe des A. über die Auseinandersetzung getraut, nicht der publica fides des Hyp.-B., sondern der bona fides des A. getraut.

Nach ObTr. 10 S. 113 sollte § 24 h. t. auch Anwendung finden, wenn der zum Ankauf Bevollmächtigte in eigenem Namen gekauft, wieder verkauft und sein Käufer beim Erwerbe von dem Vollmachtsverhältniß Kenntniß gehabt. (? Vgl. zu I 13; § 25 h. t. ist nicht anwendbar.) Nach Präj. 2207; ObTr. 19 S. 484 sollte der Vermerk auf dem Titelblatt des Grundstücks, aus welchen Bestandtheilen das Grundstück bestehe, nicht die Wirkung haben, daß die §§ 7, 8, 9 h. t. auf die einzelnen Bestandtheile Anwendung finden, StrA. 34 S. 137; 35 S. 110; ObTr. 44 S. 330 (Bergwerke).

Nach fast allen diesen Beziehungen hat das EigenthGes. v. 5. Mai 1872 abändernd gewirkt. Für die Fälle freiwilliger Veräußerung ist die Auflassung in Verbindung mit der Eintragung des Eigenthums nicht mehr Beurkundung, sondern Begründung des Eigenthums; Auflassung und Eintragung zusammen bilden Titel und modus; sie ersetzen den Traditionsakt, neben dem es auf Uebergabe nicht mehr ankommt. Der ohne Auflassungs-

erlangt, so ist der Eingetragene nicht wirklich Eigenthümer geworden; denn die Zuschreibung ersetzt die Uebergabe nicht, § 125 I 11, verstärkt vielmehr nur den Titel zum Eigenthume insoweit, daß der Erwerber einem Anderen, der ebenfalls nur einen Titel, und zwar von demselben Auktor, geltend macht, in den Ansprüchen auf Erlangung des Eigenthumes vorgeht, §§ 18, 19 I 10. Auch aus den §§ 7—9 I 10 läßt sich nicht ableiten, daß der Käufer eines Grundstückes lediglich aus dem Grunde, weil sein Auktor als Besitzer eingetragen war und er denselben im guten Glauben für den Eigenthümer gehalten hat, gegen den im Besitze gebliebenen wahren Eigenthümer sich als Eigenthümer darstellen kann. Aus diesen Vorschriften folgt allerdings, daß der Eingetragene, dem Gerichte gegenüber, zu Verfügungen über das Grundstück, ohne weiteren Nachweis seines Eigenthumsrechtes, legitimirt ist, daß auch Dritte ohne weitere Forschungen ihn in ihren Verhandlungen mit ihm über das Grundstück als dessen Eigenthümer betrachten können und sicher sind, daß ihre durch jene Verhandlungen erlangten Befugnisse von dem von ihm verschiedenen Eigenthümer und dessen Nachfolgern nicht angefochten werden können, jener mithin für Dritte als wahrer und alleiniger Eigenthümer anzusehen ist, § 92 Tit. 2 HypO. Nicht aber folgt daraus, daß solche Dritte ohne Tradition auch die Stellung eines Eigenthümers, dem wahren Eigenthümer gegenüber, gewinnen.

Diesen Grundsätzen entsprechend hat der oberste Gerichtshof wiederholt angenommen, daß der Vindikant eines Grundstückes durch den Umstand, daß der Besitztitel desselben auf seinen Namen berichtigt ist, nicht von dem Beweise befreit wird, daß er durch Titel und Tradition Eigenthümer desselben geworden, StrA. 5 S. 259; 12 S. 257; ObTr. 66 S. 7. Mit diesen Grundsätzen befindet sich der App.-Richter überall im Einklange, wenn er die Abweisung der Vindikationsklage des Klägers deshalb bestätigt, weil dieser die Uebergabe des vindizirten Grundstückes und mithin dessen Eigenthum niemals erlangt habe. Wenn die Nichtigkeits-Beschwerde, dem entgegen, geltend macht, daß die Eintragung des Klägers als Besitzers mindestens doch eine Vermuthung begründe, daß der Eingetragene wirklich dessen Eigenthümer sei, so kann zwar die Richtigkeit dieses Grundsatzes an sich nicht in Abrede gestellt werden. Derselbe hat auch schon in dem Erkenntnisse des ObTr. 36 S. 74 Anerkennung gefunden. Nach der Ausführung in diesem schließt die Vorschrift des § 92 Tit. 2 HypO.: derjenige, für welchen der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtigt worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen, — nach dem § 94 das. allerdings nicht aus, daß Jemand vorhanden sein könne, welchem auf das Grundstück ein besseres Recht zusteht, ergiebt aber für den Eingetragenen immerhin die rechtliche Vermuthung, wahrer und alleiniger Eigenthümer zu sein. Diese Vermuthung gründet sich darauf, daß die Berichtigung des Besitztitels den Besitz des Eingetragenen mindestens zur Zeit, als sie erfolgt ist, zu ihrer Voraussetzung hat, da diese nach dem bisherigen Rechte nicht eher erfolgen durfte, als der Nachweis, daß die Uebergabe des Grundstückes an den neuen Erwerber geschehen sei, geführt worden war. Anh. § 28 HypO. Da die Vindikation als das gesetzliche Mittel, die dem Eigenthümer gegen oder doch ohne seinen Willen aus seiner Ge-

---

erklärung vorhandene Titel und Uebergabe haben ohnedies nur noch obligatorische Wirkung. Durch Ersitzung wird Eigenthum gegen den eingetragenen Eigenthümer fortan nicht mehr erworben, § 6; so lange er eingetragen, beginnt und läuft keine Verjährung gegen ihn. Er gilt als Eigenthümer auch gegen den Besitzer, bis die Eintragung durch Klage oder Widerklage beseitigt. Der bloße Titel und die Kenntniß desselben hindert den Erwerb des Eigenth. durch den Dritten nicht.

Das alte Recht hat zunächst nur noch Bedeutung für die Fälle, wo der Eigenthümer vor dem Ges. oder der nach dem Ges. auch ohne Auflassung u. Eintr. Eigenthümer Gewordene, § 5 Ges. § 49 GrundbO., nicht eingetragen. Ganz unberührt geblieben ist der Grundsatz, daß auch von dem eingetr. Eigenthümer kein Eigenth. erwirbt, wer weiß, daß derselbe nicht wahrer Eigenthümer, §§ 10, 24 h. t. Dies ist im Erk. d. mit gutem Grunde aus § 9 Abs. 2 des Ges. gefolgert; die ratio der Fiktion, daß der durch das Grundbuch dargestellte Rechtszustand der wahre, kann auch nicht dahin führen, den unredlichen Erwerber zu schützen. Ebenso StrA. 95 S. 354. In diesem Falle waren die vor dem 1. Okt. 1872 als Erben Eigenthümer gewordenen B.'schen Erben 1873 als Eigenthümer eingetragen, § 49

wahrsam entnommene Sache von dem gegenwärtigen Inhaber oder Besitzer derselben zurückzufordern, § 1 I 15 ALR., nicht den gegenwärtigen Besitz des Klägers erfordert, vielmehr gerade von dessen Vorenthaltung ausgeht, so läßt sich allerdings die aus der Besitztitelberichtigung abzuleitende Vermuthung eines vor ihrer Gewährung bestandenen Besitzes des eingetragenen Klägers auch für die Zulassung der Vindikationsklage geltend machen. Selbstverständlich kann sich ein Vindikant auf dieselbe aber nur da berufen, wo sie nicht durch die thatsächliche Lage des Rechtsfalles ausgeschlossen wird. Die Vermuthung tritt also vor allen Dingen da nicht ein, wo erhellt, daß der Kläger, trotz der ihm gewährten Berichtigung des Besitztitels, in Wirklichkeit den Besitz des Grundstückes von Anfang an nicht erlangt hat. Letzterer Fall liegt hier vor, da, nach der aus dem Inhalte der Klage selbst entnommenen thatsächlichen Feststellung, Kläger auch nicht zur Zeit der Eintragung seines Besitztitels im Besitze des vindizirten Grundstückes gewesen ist und die Uebergabe desselben überhaupt niemals erlangt hat. Dieser thatsächlichen Feststellung würde die Anwendung der erwähnten Vermuthung zu Gunsten des Klägers direkt widersprochen haben.

Die in der vorstehenden Ausführung angeführten Gesetzesstellen und Rechtsgrundsätze sind mithin nicht verletzt. Ebensowenig die §§ 61—64 I 7 ALR., da der Fall einer symbolischen Uebergabe überhaupt nicht vorliegt, eine solche namentlich nicht in der Berichtigung des Besitztitels für den Kläger, oder in dem Anerkenntnisse im Kaufvertrage, daß das vindizirte Grundstück dem Kläger übergeben sei, gefunden werden kann.*)

Erheblicher ist der Vorwurf, daß die Vindikation des Klägers, wenn nicht nach dem bisher geltenden Rechte, doch nach dem § 7 Ges. über den Eigenthumserwerb v. 5. Mai 1872 für begründet hätte angenommen werden müssen. Der App.-Richter hat die Frage der Anwendbarkeit des neuen Gesetzes auf den vorliegenden Prozeß erwogen, sich aber für die Nichtanwendung entschieden, weil das Gesetz selbst sich rückwirkende Kraft nicht beilege, die bisher eingetragenen Eigenthümer in Bezug auf die Begründung der Vindikationsklage nicht besser stelle und die unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes geschlossenen Rechtsgeschäfte nach diesem Rechte beurtheilt werden müßten. Dieser Entscheidung muß beigetreten werden.

Ueber die zeitlichen Grenzen der Anwendung eines neuen Gesetzes entscheidet vor Allem der Wille des Gesetzgebers. In der gesetzgebenden Gewalt liegt die Befugniß, zu bestimmen, von welcher Zeit an der neue Rechtssatz ins Leben treten und ob er rückwirkend auch auf schon bestehende Rechtsverhältnisse angewendet werden soll. Da indessen die rechtliche Ordnung fordert, Rechtsverhältnisse, welche unter der Herrschaft und dem Schutze der bisher geltenden Rechtsregel ins Leben getreten sind und Gestalt gewonnen haben, dieses Schutzes, auf dessen Fortbestehen die Betheiligten vertraut haben, nicht hinterher zu berauben, so ist der Grundsatz, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, in Wissenschaft und Gesetzgebung zur Regel erhoben worden.

---

*) Nr. 134 S. 628, 629 Bd. I; Nr. 145b. S. 701 Bd. I.

GrundbO., hatten demnächst an C. aufgelassen, der eine Parzelle des Grundstücks gegen den im Besitz befindlichen A. vindizirte. A. hatte, wie festgestellt, das Eigenth. der Parzelle durch vor dem 1. Okt. 1872 vollendete Ersitzung gegen die Erben erworben und die B.'schen Erben dem C. selbst mitgetheilt, daß A. das Grundstück von ihrer Mutter mündlich gekauft und seit 1839 in Besitz habe. Ob es erheblich oder nicht, daß die B.'schen Erben, schon vor dem 1. Okt. 1872 Eigenthümer, zufällig erst nachher eingetragen geworden, und ob deshalb die vollendete Ersitzung auch gegen C. geltend zu machen oder nicht, — vgl. Erk. c. — hat das ObTr. hier dahin gestellt gelassen, aber abgewiesen, weil der Grundsatz der §§ 10—24 h. t., daß nicht Eigenthümer wird, wer weiß, daß ein Anderer Eigenthümer, durch das Ges. v. 5. Mai 1872 nicht berührt.

So unbedenklich dies erscheint, so schwierig und bedenklich ist die im Erk. b. u. c. behandelte Frage der rückwirkenden Kraft des Ges. v. 5. Mai 1872, wobei namentlich in Betracht kommt, wer als der „eingetragene Eigenthümer" im Sinne des § 7 anzusehen. Nach dem Grundsatz der Einflußlosigkeit des neuen Gesetzes auf jura quaesita ist unzweifelhaft nur, daß der vor dem 1. Okt. 1872 eingetragene Eigenthümer z. B. das vor dem 1. Okt. 1872

Das preußische Recht hat in dem § VIII des PP. v. 5. Febr. 1794 und in dem § 14 Einl. ALR. sich zu diesem Grundsatze bekannt. Eine Ausnahme von demselben kann nur zugelassen werden, wo und soweit der Gesetzgeber dieselbe gewollt hat. Dieser Wille erhellt da am klarsten, wo das Gesetz sich rückwirkende Kraft ausdrücklich beilegt. Es widerstreitet aber auch weder dem oben aufgestellten Grundsatze, noch der Natur der Sache, diesen Willen des Gesetzgebers, auch ohne ausdrückliche Erklärung im Gesetze selbst, durch Auslegung aus dem letzteren zu erkennen. Dabei muß festgehalten werden, daß die Rückwirkung eines neuen Gesetzes eine Ausnahme von der Regel bildet, daß sie als solche klar erhellen muß, also nur da als vom Gesetzgeber gewollt angenommen werden kann, wo augenscheinlich ein dringendes öffentliches Interesse die Ueberschreitung der regelmäßigen Schranken der Rechts-Ordnung erforderte und der Zweck des Gesetzes ohne eine solche nicht zu erreichen sein würde. Ueber die zeitliche Grenze seiner Wirksamkeit disponirt das Ges. v. 5. Mai 1872 nur im § 72. Danach legt es sich rückwirkende Kraft ausdrücklich nicht bei. Es fragt sich mithin nur noch, ob überhaupt und insbesondere rücksichtlich der hier in Betracht kommenden Vorschrift im § 7 des EigenthGes. von der Regel der Nichtrückwirkung aus besonderen Gründen eine Ausnahme zugelassen werden muß. Wenn der App.-Richter die Anwendung dieser Rechtsregel auf den vorliegenden Fall auch um deswillen von der Hand weist, weil unter der Herrschaft des bisherigen Gesetzes geschlossene Rechtsgeschäfte nach den Vorschriften des letzteren auch ferner zu beurtheilen sind, so ist dieser Grundsatz zwar richtig, aber für die hier zur Beantwortung stehenden Fragen nicht ausreichend. Das Rechtsgeschäft, aus welchem Kläger den geltend gemachten Anspruch herleitet, ist der Kaufvertrag v. 28. Juni 1852, durch welchen er das vindizirte Grundstück von dessen eingetragenem Besitzer erworben hat. Die Gültigkeit dieses Vertrages nach Form und Inhalt, die unmittelbaren Folgen desselben rücksichtlich des dadurch gemachten Rechtserwerbes, der aus ihm hervorgegangenen Erzeugung und Gestaltung von Rechtsverhältnissen, bestimmen sich allerdings als die „Handlungen und Begebenheiten", auf welche nach dem § 14 Einl. ALR. das neue Gesetz nicht wirken soll, nach dem bei Errichtung dieses Vertrages geltend gewesenen Rechte. Diese unmittelbaren Folgen des Vertrages stehen indessen hier nicht in Frage. Schon das Erk. ObTr. 29 S. 358*), in Anlehnung an den, in v. Savigny's System 8 S. 514 ff. gemachten Unterschied zwischen Gesetzen, welche den Erwerb von Rechten betreffen, und solchen, welche das Dasein eines Rechtsinstitutes, oder die Weise seines Daseins angehen (von denen die letzteren regelmäßig eine rückwirkende Kraft äußern sollen), führt mit überzeugender Klarheit aus, daß aus der Beurtheilung eines Vertrages und seiner unmittelbaren Wirkungen nach dem Rechte zur Zeit seiner Errichtung nicht gefolgert werden darf, daß auch dauernde Rechtsverhältnisse, welche durch diesen Vertrag begründet werden, für immer nach derselben Norm, als vertragsmäßige Bestimmung, ohne Rücksicht auf die fort-

*) Erk. b. Nr. 13, Bd. I S. 54.

durch vollendete Ersitzung verlorene Eigenth. nicht durch das Ges. v. 5. Mai 1872 wieder erhalten, der Ersitzende es nicht verloren hat, und daß der vor dem 1. Okt. 1872 eingetragene Eigenthümer das vor dem 1. Okt. 1872 nach dem alten R. aufgegebene Eigenth. nicht blos um deswillen, weil er auch nach dem 1. Okt. 1872 noch eingetragen, vindiziren kann; auch dies würde Eingriff in wohlerworbenes Recht sein. In ObTr. 75 S. 308 (StrA. 95 S. 73) hatten A. und der Vorbesitzer des B. vor 1872 durch mündl. Vertr. die Grenze zwischen ihren beiderseitigen Grundstücken so festgestellt, daß sie parallel mit der Wand der Scheune des A. drei Fuß von derselben entfernt laufen sollte. A. hatte das ihm so zugefallene Stück in Besitz genommen, der Vorbesitzer des B. dann an B. noch vor 1872 verkauft. Als B. sich in Besitz des Stücks setzen wollte, klagte A. negatorisch, B. widerklagend vindikatorisch, weil nach dem Grundbuch das Stück zu seiner Stelle gehörte. Nach § 388 I 17, § 135 I 5 war der mündl. Vertrag nicht rechtsverbindlich, nach den unt. Nr. 90, 191 erwähnten Grundsätzen das Eigenth. aber gleichwohl übertragen, von B. nicht erworben, der Eigenthumsübergang nur durch Aufruf des unverbindlichen Vertrages durch die Kontrahenten geltend zu machen. Da B. schon vor dem 1. Okt. 1872 als Eigenthümer eingetragen, konnte er durch das Ges.

schreitende Entwickelung der Gesetzgebung, beurtheilt werden müssen. Um was es sich hier handelt, ist nicht der vom Kläger durch den Kaufvertrag gemachte Rechtserwerb, sondern, ob die rechtliche Wirkung der auf Grund desselben für ihn geschehenen Eintragung des Besitztitels, als eine weitere und dauernde Folge dieses Erwerbes, so lange sie besteht, nach demjenigen Gesetze beurtheilt werden muß, unter dessen Herrschaft sie dem Erwerber gewährt worden ist.

Daß die Vorschrift des § 7 gerade für die hier zur Erörterung stehende Frage eine Aenderung des bisherigen Rechtes enthält, ergiebt die Ausführung zum ersten Angriffe der Nichtigkeits-Beschwerde. Um dieselbe zusammenzufassen, so berechtigte nach dem bisherigen Rechte, ungeachtet der Bestimmungen des § 92 II HypO. und des § 7 I 10 ALR., die Eintragung des Besitztitels allein zur Vindikationsklage nicht. Jene hatte zwar den Eigenthumserwerb zu ihrer rechtlichen Voraussetzung. Da sich indessen dieser Erwerb außerhalb des Hypothekenbuches durch Titel und Uebergabe vollzog, § 1 I 10, die Uebergabe etwas Thatsächliches ist, und, obgleich zur Erlangung des Besitztitels im Hyp.-Buche dem Hyp.-Richter nachzuweisen, § 63 II § 28 Anh. der HypO., schon durch das Anerkenntniß der vollzogenen Tradition im Erwerbungsvertrage dargethan werden konnte, so war es möglich, daß, wenn dieses Anerkenntniß nicht richtig war, der Besitztitel eines Grundstückes auf den neuen Erwerber desselben berichtigt werden konnte, ungeachtet derselbe das Eigenthum daran nicht wirklich erlangt hatte, weil ihm dasselbe nicht übergeben worden war. Da die Vindikation das erlangte Eigenthumsrecht zu ihrer Voraussetzung hat, reichte die Erlangung des Besitztitels allein zu ihrer Begründung nicht hin, und schützte nicht vor ihrer Abweisung, wenn sich ergab, daß zur Eintragung nicht der Besitz am Grundstücke zur Zeit derselben hinzugetreten war. Die Tendenz des neuen Gesetzes geht dahin, der Duplizität des Rechtes an einem Grundstücke in und außer dem Hyp.-Buche ein Ende zu machen, die Bedeutung der Eintragung für den Rechtserwerb zu steigern, und dadurch die nöthige Grundlage für einen sicheren Immobiliar-Kredit, die klare Festigkeit des Eigenthumes am Grundstücke zu gewinnen. Aus dieser Tendenz des Gesetzes ist § 7 desselben hervorgegangen. Dieser legt der Eintragung des Besitztitels die volle Bedeutung bei, welche sich aus dem Begriffe der Grundbucheinrichtung von selbst ergiebt, bisher aber wegen der Beibehaltung der Traditionstheorie neben jener Einrichtung nicht zur vollen Geltung durchgedrungen war. Der § 7 gewährt die vollen Rechte des Eigenthümers speziell für die Vertretung des Grundstückes in den dasselbe betreffenden Prozessen. Der eingetragene Eigenthümer soll sachlich legitimirt sein zur Vindikations- und Negatorienklage; ihm soll die Grenzregulirungsklage zustehen, er allein das Grundstück vertreten, wenn Grundgerechtigkeiten, Reallasten, Hypothekenrechte an demselben geltend gemacht werden. Daß die hierdurch festgestellte Sachlegitimation zu den das Grundstück betreffenden Prozessen als eine augenscheinliche Erweiterung und Befestigung der Wirkungen der Eintragung eines neuen Erwerbers desselben auch den vor

---

allein kein Recht erhalten haben, was er vorher nicht gehabt, A. sein erworbenes Recht nicht verloren haben. Deshalb ist auf die Klage verurtheilt, die Widerklage abgewiesen. Ebenso StrA. 96 S. 277. Hier hatte A. vor 1872 an B. mündlich eine Parzelle, dann an C. das ganze Grundstück verkauft und übergeben, C. war vor 1872 als Eigenthümer eingetragen. Auch hier ist die Vindikation des C. gegen B. abgewiesen, obwohl die Parzelle auf dem Grundbuchblatt eingetragen. Dasselbe gilt ganz unbedenklich auch von dem, der vor dem 1. Okt. 1872 Eigenthümer geworden und nur auf Grund § 49 GrundbO. erst nachher eingetragen war, RG. 4 S. 270 u. 1 S. 375. Denn auch die Eintr. auf Grund § 49 GrundbO. hat nur die Bedeutung der Beurkundung vorher stattgefundenen Eigenthumserwerbes; sie hat nicht die Bedeutung der Auflassung und kann nicht mehr Rechte geben, als bestanden. Der § 4 GrundbO. hat nicht die Bedeutung einer Rechtsvermuthung für das Eigenthum. Gestützt sind alle diese Entscheidungen mit darauf, daß der eingetragene Eigenthümer in § 7 der auf Grund Auflassung nach dem 1. Okt. 1872 eingetragene Eigenthümer, deshalb weder Abs. 1 noch Abs. 2 zur Anwendung gebracht. Es bedurfte dessen nicht, weil weder Abs. 1 noch Abs. 2 an sich der Geltendmachung des vor dem Ges. erworbenen Eigenth. gegen den damals eingetragenen

dem 1. Okt. 1872 eingetragenen Erwerbern zu Theil werden soll, bestimmt das Gesetz nicht; es erhellt auch nicht aus den veröffentlichten Materialien und Berathungen desselben, daß eine solche Absicht bei den Faktoren der Gesetzgebung zum Ausdrucke gekommen ist. Danach wäre die Anwendung des § 7 auf die nach dem bisherigen Rechte eingetragenen Besitzer nur dann anzunehmen, wenn aus dem sonstigen Inhalte des Gesetzes eine dahin gehende Tendenz desselben mit Sicherheit zu ersehen und ein Bruch der regelmäßigen Rechtsordnung, als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, klar zu erkennen wäre. Dies ist nicht der Fall.

Schon das bei der Frage der Rückwirkung eines neuen Gesetzes regelmäßig entstehende Bedenken, daß dieselbe in wohlerworbene Rechte eingreifen würde, entscheidet auch hier für die Nichtanwendung des § 7 auf die bisher eingetragenen Besitzer. Man würde anderenfalls den nach dem bisherigen Rechte durch Titel und Uebergabe Eigenthümer gewordenen, als solche aber nicht eingetragenen Grundstücksbesitzern wegen Mangels der Sachlegitimation die Anstellung der Vindikationsklage nicht mehr zugestehen dürfen und ihnen, von dem eingetragenen Besitzer mit derselben belangt, die Vortheile des Besitzes insoweit absprechen müssen, als sie, gegenüber seiner Sachlegitimation, genöthigt sein würden, seine Eintragung und deren Folgen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes widerklagend anzufechten, beziehungsweise ihr besseres Recht an dem Grundstücke nachzuweisen, § 9. Darin läge ein bedenklicher Eingriff in bestehende Rechte, der nicht durch die Erwägung beseitigt wird, daß solchen Besitzern vom Erscheinen des Gesetzes bis zum Inkrafttreten desselben allerdings eine geraume Zeit offen gestanden hat, ihre Eintragung als Besitzer nachzuholen. Andererseits ist freilich nicht zu verkennen, daß das Gesetz und dessen erwähnte Absicht für die entgegengesetzte Ansicht einigen Anhalt bieten, welcher mehrere Kommentatoren desselben bestimmt zu haben scheint, den § 7 auf die nach dem bisherigen Rechte eingetragenen Eigenthümer anwendbar zu erachten. Das Gesetz unterscheidet nämlich Eintragungen der Eigenthümer in Folge freiwilliger Veräußerungen, wo dieselben sich an die für diese Gattung von Eigenthums-Uebertragungen neu bestimmte Form der gerichtlichen Auflassung anschließen und den Eigenthums-Uebergang vollenden, und Eintragungen in allen sonstigen Fällen der Eigenthums-Uebergänge, für welche das bisherige Recht maßgebend bleibt, §§ 1, 2, 5, während die Vorschrift des § 7 eine allgemeine ist, also die Eintragungen der zweiten Gattung mitumfaßt, welche sich, wenn man auch der ersten Gattung wegen der voraufgegangenen Auflassung eine höhere Bedeutung beilegen wollte, von den Besitztitelberichtigungen des bisherigen Rechtes nicht unterscheiden. Es ließe sich also denken, daß der § 7, wenn für jene, auch auf diese Anwendung finden müßte. Allein die erweiterte Bedeutung der Eigenthums-Eintragung ist eben eine Bestimmung des neuen Gesetzes, welches für die Eigenthums-Uebergänge außerhalb des Falles der Auflassung das bisherige Recht zwar bestehen läßt, diese Uebergänge aber mit einer intensiveren Wirkung für die sich daran schließende Eintragung des neuen Eigenthümers bekleidet. Diese Wirkung kann nach dem Grundsatze des § VIII PP. und des

---

Besitzer entgegensteht. In RG. 5 S. 282 (Hülfs-Senat) ist auch angenommen, daß Abs. 1 nichts Abweichendes von dem früheren R. enthalte und in seiner Anwendung auf den früher Eingetragenen keine Rückanwendung liege. Von Abs. 2, dessen erster Satz selbstverständlich eine nicht bereits vollendete Verjährung voraussetzt, kann mit Grund gesagt werden, daß er das wohlerworbene R. des Eigenthümers, der es vor dem 1. Okt. 1872 gegen den damals eingetragenen Eigenthümer geworden, nicht berührt, nur seine Ausübung modifizirt, was trotz des Grundsatzes von der Nichtrückwirkung der Gesetze statthaft. Vgl. Erk. b. Die Rechtsprechung des ObTr. wie des RG. hat indessen daran festgehalten, daß der eingetr. Eigenthümer in § 7 der auf Grund Auflassung eingetragene. Noch weiter geht das Erk. c., indem es annimmt, daß die vor dem 1. Okt. 1872 vollendete Ersitzung nicht blos gegen den vorher oder nach § 49 GrundbO. nachher eingetragenen früheren Eigenthümer, sondern auch gegen den geltend gemacht werden könne, der von dem so eingetragenen Eigenth. nach dem 1. Okt. 1872 durch Auflassung erworben. Ebenso StrA. 96 S. 84, 91, 92. Auch in ObTr. 76 S. 69 (StrA. 94 S. 292) Erk. c. Nr. 193 ist dasselbe angenommen, anscheinend auch in Erk. d., aus welchem zugleich erhellt, daß wenigstens darüber kein Bedenken besteht, daß wenn

§ 14 Einl. ALR. nur denjenigen Eintragungen zu Theil werden, welche auf Grund des neuen Gesetzes erfolgt sind. Sodann führt die hier getroffene Entscheidung zu der Unzuträglichkeit, daß auf eine Reihe von Jahren hinaus die Duplizität des Eigenthumes an Grundstücken für eine große Zahl derselben fortbestehen, und daß speziell auch für die Vindikationsklagen eingetragener Besitzer der Unterschied zu machen sein wird, ob dieselben den Besitztitel vor oder nach dem Eintritte der Herrschaft des neuen Gesetzes erlangt haben. Die wohlthätigen Folgen des letzteren werden mithin erst allmälig allgemein werden, und dieser Uebelstand im Verkehre auch im Bereiche des Immobiliar-Kredites um so fühlbarer hervortreten, als von dem Publikum die Kenntniß dieses Unterschiedes und die genaue Beachtung desselben nicht erwartet werden darf. Allerdings ist dies ein Uebel, aber ein erheblich kleineres, als die Ueberschreitung der regelmäßigen Schranken der Rechtsordnung sein würde. Denn der Zweck der neuen Anordnung wird dadurch nicht vereitelt, sondern nur verspätet. Mithin lag für den Gesetzgeber kein so dringendes öffentliches Interesse vor, daß eine Abweichung von einem der obersten Grundsätze des Rechtes sich von seinem Standpunkte aus gerechtfertigt haben würde. Um so weniger darf der erkennende Richter bei der Anwendung des Gesetzes sich ermächtigt halten, eine solche Ausnahme durch Auslegung des Gesetzes anzuerkennen, da deren Nothwendigkeit sich aus der Tendenz des Gesetzes und als eine vom Gesetzgeber beabsichtigte nicht mit voller Sicherheit ergiebt.

Gründe: c. Da die Verjährung bereits vor Eintritt der Gesetzeskraft des Ges. v. 5. Mai 1872 vollendet war, so steht der den Eigenthumserwerb durch Ersitzung gegen den Eigenthümer für unstatthaft erklärende § 6 dieses Gesetzes dem Verklagten nicht entgegen.

Durch die frühere Gesetzgebung war eine solche Ersitzung nicht ausgeschlossen; der § 511 I 9 ALR. kann nach dem von dem ObTr. festgehaltenen Grundsatze nur auf einzelne dingliche Rechte an eingetragenen Grundstücken, nicht auf das Eigenthum bezogen werden.*) Waren aber die W.'schen Erben, die Auktoren des vindizirenden Klägers, der Eintragung ihres Besitztitels ungeachtet, nicht wahre Eigenthümer, auch nicht im Besitze des Grundstückes, so konnte Kläger nach dem Stande der seitherigen Gesetze, selbst wenn er für sich die Eintragung erlangt hatte, ein Recht auf die Sache gegen den besitzenden wahren Eigenthümer nicht geltend machen.

Diese wohlerworbenen Rechte des Verklagten sind durch die später in Kraft getretene veränderte Gesetzgebung nicht beseitigt worden. Nach dem § 1 des Ges. v. 5. Mai 1872 wird, im Falle einer freiwilligen Veräußerung, das Eigenthum an einem Grundstücke nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche erworben, und nach dem § 2 erfolgt die Auflassung eines Grundstückes durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zu-

---

*) Vgl. unt. Nr. 181 Bd. I S. 1031, 1032 u. unt. Nr. 173 Bd. I S. 944.

---

der nach dem 1. Okt. 1872 auf Grund Auflassung Eingetragene wieder aufläßt, gegen diesen zweiten die Ersitzung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Dies ist auch in dem Erk. ObTr. 76 S. 69 (StrA. 94 S. 292) nicht in Zweifel gezogen. Die Gründe des Erk. c., dem übrigens u. A. auch Förster (Eccius) a. a. O. beitritt, sind wenig überzeugend. In RG. 2 S. 323 (Hülfs-Senat) ist auch in ausdrücklichem Gegensatz gegen das Erk. d. das Gegentheil angenommen. In diesem Falle hatte A. vor 1872 als eingetr. Besitzer an B. verkauft, B. an C., A. dann 1875 an C. aufgelassen, der nun gegen den im Besitz befindlichen D. vindizirte. Der 2. Richter nahm an, daß C. sich auf die Auflassung und Eintragung nicht stützen könne, weil A. nicht nach 1872 auf Grund Auflassung eingetragen. Dies ist vom RG. in ausführlicher Begründung reprobirt: nicht das Gesetz hebe in solchem Falle rückwirkend ein vorher erworbenes Eigenth. auf, sondern die neue juristische Thatsache der Auflassung, welcher das Gesetz diese Wirkung, ohne sich damit Rückwirkung zu geben, habe beilegen können. Zu bemerken ist dazu noch: „der eingetragene Eigenthümer“ wird außer in § 7 auch in §§ 2, 3, 6 u. 8 genannt. In § 2 muß darunter auch selbstverständlich der vor dem Ges. Eingetragene verstanden werden, weil es ohne dies nie zur Aufl. kommen könnte. Dasselbe gilt von § 3. Da nach dem 1. Okt. 1872 Titel u. Uebergabe die Eigenthumsübertragung

ständigen Grundbuchamte abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und des letzteren, daß er diese Eintragung beantrage. Außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung wird Grundeigenthum gemäß § 5 zwar nach dem bisher geltenden Recht erworben, das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstückes erlangt aber der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuche, und nur Miterben können ein ererbtes Grundstück auflassen, auch wenn sie nicht als Eigenthümer desselben im Grundbuche eingetragen sind. Da überdies nach dem § 6 ein Erwerb des Eigenthumes an dem Grundstücke durch Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer nicht stattfindet, so kann jeder, der nach dem gemäß § 72 auf den 1. Okt. 1872 bestimmten Inkrafttreten des Gesetzes ein Grundstück durch Auflassung des eingetragenen Eigenthümers und demnächstige Eintragung des Eigenthums-Ueberganges erworben hat, sicher sein, daß kein Anderer unter der Herrschaft dieses Gesetzes durch freiwillige Veräußerung oder Ersitzung Eigenthümer des betreffenden Grundstückes geworden ist.

Weiter zurück aber reicht diese Sicherheit nicht, insbesondere nicht in die Zeit vor dem 1. Okt. 1872. Es ist ein durch die Rücksicht auf die im Vertrauen zu den geltenden Gesetzen eingegangenen Rechtsverhältnisse gebotener, wie ganz allgemein, so auch in dem § VIII PP. ALR. v. 5. Febr. 1794 und im § 14 Einl. anerkannter Rechtsgrundsatz, daß neue Gesetze auf die Vergangenheit keine Rückanwendung finden, und vorher erworbene Rechte nicht beseitigen können. Daß diese allgemeine Regel auch rücksichtlich des hier in Rede stehenden Ges. v. 5. Mai 1872 anzuwenden ist und dasselbe keine Bestimmungen enthält, aus denen mit Sicherheit zu ersehen wäre, daß ein Bruch jener regelmäßigen Rechtsordnung im Willen des Gesetzgebers gelegen hätte, ist bereits in dem Urtel ObTr. 71 S. 243*) mit Bezug auf die im § 7 des Ges. dem eingetragenen Eigenthümer gegebene Befugniß, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben, ausgeführt worden.

Dasselbe gilt in noch weit höherem Maße hier, wo es sich nicht blos darum handelt, ob Kläger durch die unter Herrschaft des neuen Gesetzes erhaltene Auflassung und Eintragung zur Klage befugt ist, sondern darum, ob ein vor der Geltung des Gesetzes nach damaligem Rechte erworbenes Eigenthum dadurch verloren gehen kann, daß eine Eigenthumsübertragung nach den neueren Vorschriften durch eine Person erfolgte, welche beim Inkrafttreten des neuen Gesetzes nach dem bis dahin geltenden Rechte nicht mehr wirklicher Eigenthümer war. Mag man immerhin zugeben, daß es einer der vornehmlichsten Zwecke der neueren Gesetzgebung über das Grundeigenthum gewesen ist, die durch die Möglichkeit eines zwiefachen Eigenthumes, durch das Vorhandensein eines wirklichen Eigenthümers neben dem eingetragenen, herbeigeführte Rechtsunsicherheit zu beseitigen, die gänzliche Erreichung dieses Zweckes aber mindestens hinausgeschoben werden würde, wenn man die Rechte der vor dem 1. Okt. 1872 vorhandenen wirklichen Eigenthümer neben einer späteren Auflassung des eingetragenen Eigenthümers und der darauf erfolgten Eintragung fortdauern läßt, so gewährt doch das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, auch die früher wohlerworbenen Rechte der schnelleren Erreichung jenes Zweckes aufzuopfern, vielmehr liegen Gründe vor, das Gegentheil anzunehmen. So bestimmt der § 73 der GBO., daß Beschränkungen des Verfügungsrechtes des Eigenthümers, sowie auf einem privatrechtlichen Titel beruhende dingliche Rechte, welche an dem

*) Erk. b.

nicht mehr wirkt, so muß in diesem Falle, wie in dem Falle, wo vor dem Ges. ein Anspruch auf Eigenthumsübertragung begründet war, der Anspr. auf Auflassung gehen, ohne welche die Eigenthumsübertr. nicht stattfindet. Vgl. StrA. 99 S. 16 u. ObTr. 80 S. 55 unt. Nr. 193. Der § 4 findet überall Anwendung, wo die Eigenthumsübertragung nach dem 1. Okt. 1872 stattfindet, auch wenn der frühere Titel schon vorher entstanden. Der § 6 findet ganz unbedenklich auch für den vor dem Ges. Eingetragenen insofern Anwendung, als die Ersitzung vor dem 1. Okt. 1872 noch nicht vollendet, d. h. der Lauf der Ersitzung wird damit gehemmt; von Rückwirkung ist nicht die Rede, weil die nicht vollendete Ers. kein wohl erworbenes R. giebt, das R. auf Ersitzung kein jus quaes.

Tage, wo dieses Gesetz in Kraft getreten, ohne Eintragung rechtsgiltig bestehen, bis zum 1. Okt. 1873 eingetragen werden müssen, widrigenfalls sie dritten Personen gegenüber nicht geltend gemacht werden können. Der Gesetzgeber hat also, obwohl nach den §§ 11, 12 des Ges. v. 5. Mai 1872 die erwähnten Beschränkungen und Rechte ihre Wirksamkeit gegen Dritte, abgesehen von dem im § 11 erwähnten Falle, daß der Dritte die Beschränkungen gekannt hat, auch nur durch Eintragung erlangen, doch die nicht eingetragenen Berechtigungen dieser Art nicht ohne Weiteres mit Inkrafttreten der neuen Gesetze hinfällig werden lassen, sondern eine einjährige Frist zu deren Eintragung gestattet. Was hier zur Schonung bereits erworbener dinglicher Rechte geschehen, würde sicher auch zur Erhaltung des noch wichtigeren Eigenthumsrechtes in ähnlicher Weise angeordnet worden sein, wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen wäre, daß auch das schon erworbene Eigenthum selbst in Folge der neuen Gesetzgebung durch bloße Unterlassung der Eintragung verloren gehen könnte.

Daß die Geltendmachung des nicht eingetragenen Eigenthumes auch, dem auf Grund des Ges. v. 5. Mai 1872 eingetragenen Eigenthümer gegenüber, nicht unter allen Umständen ausgeschlossen ist, zeigen die Vorschriften dieses Gesetzes selbst. Denn der § 9 a. a. O. gestattet ganz allgemein, die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes anzufechten. Damit ist also auch demjenigen, der das Eigenthum nach altem Rechte erworben, insbesondere dem, der es durch eine vor dem 1. Okt. 1872 vollendete Ersitzung auch gegen den eingetragenen Besitzer erlangt hat, gestattet, die Eintragung des Eigenthums-Ueberganges deshalb anzufechten, weil sie auf Grund der Auflassung seitens eines zwar eingetragenen, aber nicht wirklichen Eigenthümers erfolgt ist. Daß der auf Grund der früheren Vorschriften eingetragene Eigenthümer in dieser Beziehung dem auf Grund der neuen Gesetze eingetragenen nicht gleich steht, ist schon oben ausgeführt, und auf den Glauben des Hypothekenbuches kann derjenige, welcher von einem solchen vor dem 1. Okt. 1872 eingetragenen Eigenthümer die Auflassung erhalten hat, sich nicht berufen, weil er wissen mußte, daß vor dem angegebenen Zeitpunkte durch die Eintragung nicht das Eigenthum erworben, sondern nur dessen anderweit erfolgter Erwerb beurkundet wurde. Eine solche Anfechtung liegt hier vor, wo Verklagter auf Grund der nachgewiesenen, vor dem 1. Okt. 1872 vollendeten Ersitzung den Eigenthumsübergang auf den Kläger bestreitet, weil die vor dem Kläger als Eigenthümer eingetragenen Personen nicht mehr Eigenthümer gewesen sind, als das neue Gesetz in Kraft trat, mithin auch nicht, als sie die Auflassung erklärten. Der in der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Anerkennung des Eigenthumes des Verklagten ist daher gerechtfertigt.

Gründe: d. Der App.-Richter hat verneint, daß die Streitfläche ein Bestandtheil der Stelle Nr. 54 gewesen oder geworden sei. Er hat auch nicht ausdrücklich festgestellt, daß sie ein Zubehör der letzteren gewesen, nimmt aber dennoch an, daß durch die ermittelte Sachlage den Anforderungen der Ersitzung entsprochen werde, insbesondere auch die Voraussetzungen für eine accessio possessionis vorhanden seien. Letztere Annahme wird als eine rechtsgrundsätzlich irrige angegriffen, weil in den Verträgen von 1848 und 1853, durch welche die Stelle Nr. 54 an die B. veräußert, der Streitfläche keine Erwähnung geschehen sei, beim Mangel einer Substanz- oder Pertinenzialqualität, mithin diese Verträge den Besitznachfolgern für eine mit dem animus domini erfolgte Fortsetzung des Besitzes keine Grundlage bieten könnten. Diese Anschauung ist jedoch nicht anzuerkennen. Unstreitig hat sich A. mindestens seit 1837 im Besitze der Streitfläche befunden, und zuverlässig ist dieser Besitz von seinen Erben für fortgesetzt zu erachten. Fraglich könnte dagegen sein, ob derselbe

---

Danach müßte, wenn die obigen Erk. richtig, in § 7 „der eingetr. Eigenthümer" ein anderer sein, als der in den §§ 2, 3, 6, was eine höchst mangelhafte Redaktion voraussetzte.

Noch bedenklicher erscheint daher ObTr. 78 S. 154 (StrA. 99 S. 62) unt. Nr. 193 u. StrA. 97 S. 124. In letzterem Falle hatte A. 1875 mündlich ein Grundstück an B., B. an C. verkauft. Als A. gegen C. vindizirte, exzipirte C., daß er von A. gekauft, B. nur sein Stellvertreter, ihm auch direkt übergeben. Das ObTr. hat die Klage abgewiesen, weil A. nicht als Eigenthümer nach dem Ges. v. 5. Mai 1872 eingetragen, die Rechte aus § 7 desselben nicht gelten machen könne, § 7 Abs. 2 nicht Anwendung finde, die Uebergabe als

von der B., der Rechtsvorgängerin der Kläger, während deren Besitzzeit die Ersitzungsperiode abgelaufen ist, mit rechtlicher Wirkung fortgesetzt ist. Dies bejaht der App.-Richter, indem er erwägt, daß der Erwerb deshalb durch die sukzessiven Veräußerungsverträge für vermittelt zu erachten sei, weil aus den Depositionen der Zeugen sich ergebe, daß die Besitzer der Stelle Nr. 54 auch immer die Streitparzelle von der Stelle aus bewirthschaftet hätten, und darnach anzunehmen sei, daß mit dem Besitze der Stelle auch der Besitz dieser Parzelle auf die Besitzer der ersteren gediehen sei.

Für den Begriff der Besitznachfolge im Sinne des § 613 I 9 ALR. (vergl. § 40 I 7) ist es bei einer Singularsukzession nicht als nothwendige Voraussetzung zu betrachten, daß der Besitz desjenigen Grundstückes, um dessen Ersitzung es sich handelt, auf Grund eines über dasselbe ausdrücklich bestimmenden Rechtsaktes von dem Vorgänger auf den Nachfolger übertragen worden ist.*) Es ist auch, wenn ein bestimmt genanntes Grundstück als das zu veräußernde verkauft und übergeben worden ist, bezüglich eines anderen im Vertrage nicht benannten, aber mitübergebenen Grundstückes die Besitznachfolge nicht bedingt durch die Pertinenzial-Eigenschaft des letzteren zu dem ersteren. Es genügt, wenn beide Theile sich in dem Glauben befunden haben, daß das nicht genannte Grundstück mit veräußert werde, daß die Uebergabe desselben in der Absicht der Uebertragung des vollständigen Besitzes erfolgt und der Besitz von dem Nachfolger in redlichem Glauben ergriffen worden ist.

Die obige, eine thatsächliche Feststellung darstellende Argumentation des App.-Richters kann aber nur so verstanden werden, daß nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme angenommen werden müsse: es seien die beiderseitigen Kontrahenten bei den gedachten Verträgen von der Absicht einer Mitveräußerung der in den thatsächlichen Besitz der Käufer gelangten Streitfläche ausgegangen. In der That erscheint auch diese Annahme wohl berechtigt, wenn man namentlich erwägt, daß die B. sich länger, als 20 Jahre hindurch im Besitze befunden hat, ohne daß dieser Besitz von ihren Miterben, von welchen sie die Stelle Nr. 54 erkauft hat, angefochten worden ist. Zwar könnte von einer accessio possessionis nicht die Rede sein, wenn, wie Verklagter einwendet, die A.'schen Erben der B. die Streitfläche nur zur einstweiligen Benutzung überlassen haben möchten. Der hierfür angetretene und erhobene Zeugenbeweis ist jedoch, nach Feststellung des App.-Richters, mißglückt, und wenn die Kläger den ihnen darüber eventuell angetragenen und ihnen durch das Erkenntniß auferlegten Eid verneinend ableisten, der betreffende Einwand für widerlegt zu erachten. Der App.-Richter hat sich mithin der Verletzung des § 613 I 9, der §§ 4, 5, 42—44, 105—108 I 2 und des § 7 I 7 ALR. nicht schuldig gemacht.

In der Nichtigkeitsbeschwerde wird ferner geltend gemacht, daß, da der Besitz an der Streitparzelle auf Grund eines nur mündlichen Kaufvertrages ergriffen sei, dem Besitze die für die Ersitzung nothwendige Voraussetzung der Redlichkeit fehle. Der § 625 I 9 ALR. versteht jedoch unter einem redlichen Besitzer einen solchen, welcher sich in einem subjektiv guten Glauben befindet. Dies ergiebt deutlich der § 628 a. a. O.

Hierdurch ist der blos unrechtfertige Besitz als Hinderniß der dreißigjährigen Ersitzung ausgeschlossen, da eine Besitznahme auf Grund eines zur Eigenthumserlangung nicht geschickten Titels regelmäßig einen unrechtfertigen Besitz erzeugen wird. Nicht ein bloßer Rechtsirrthum, sondern erst das Wissen des Ersitzenden schafft den die Ersitzung hindernden bösen Glauben. Im Irrthume befindet sich jeder Er-

---

*) Vgl. Nr. 182 Bd. I S. 1041.

---

theilweise Erfüllung des Vertrages auch nach dem Ges. wirksam, Kläger, der selbst übergeben, nicht behaupten könne, daß ihm die Gewahrsam wider Willen entzogen, § 1 I 15, nur das Recht auf Aufhebung des Vertrages gemäß §§ 156 ff. I. 5 (vgl. Nr. 90) geltend machen könne, da dem C., auch wenn ihm nicht direkt übergebe, sondern von B., die dem B. zustehende exc. rei vend. ac trad., die aktiv übergehe (Windscheid 1 § 197 $_{5}$, $_{6}$), gebühre. Sein Interesse ergebe sich daraus, daß er dem A. als Vindikanten gegenüber unrechtfertiger Besitzer sei, als Kondizenten gegenüber die Rechte des redl. Bes. nach § 163 I 5 habe.

Daß von Rückanwendung des Ges. v. 5. Mai 1872 der juristischen Thatsache des Ver-

sitzende; der Irrthum läßt sich sogar als eine Voraussetzung für das Begriffliche der Ersitzung bezeichnen. Die Anschauung der Nichtigkeitsbeschwerde würde dagegen zu der Anomalie führen, daß der ohne jeglichen Titel Besitzende, der gewiß in einem Rechtsirrthume sich befindet, sich in einer günstigeren Lage befinden würde, wie der subjektiv gutgläubige Besitzer, dem, wie hier, nicht einmal ein absolut ungiltiger, vielmehr nur ein unvollkommener Titel zur Seite steht.*) Hiernach trifft den App.-Richter auch nicht der Vorwurf der Verletzung des § 163 I 5, der §§ 7—17, 188 I 7 und des § 625 I 9 ALR.

Die seitherigen Ausführungen führen zu dem Schlusse, daß die Kläger, vorbehaltlich der Leistung des ihnen auferlegten Eides, auf Grund vollendeter Ersitzung das Eigenthum der Parzelle erworben haben.

Freilich hat der Verklagte die erfolgte Eintragung im Grundbuche auf Grund der Auflassung von D. erlangt, welcher die Auflassung der Stelle Nr. 13, zu welcher ursprünglich die Streitfläche gehört haben soll, erst nach dem 1. Okt. 1872 erlangt hat. Der öffentliche Glaube des Grundbuches schützt nach den Grundsätzen des Ges. v. 5. Mai 1872 den sich darauf verlassenden dritten Erwerber, und kann, gegenüber einem solchen, im Zweifel derjenige, welcher schon vor dem 1. Okt. 1872 das Eigenthum erworben hat, ohne dasselbe durch zeitige Eintragung zu sichern, solches nicht mehr zur Geltung bringen. Dies ist indessen von dem App.-Richter nicht verkannt worden. Derselbe hat einen, den Eigenthumsrechten der Kläger präjudizirenden Eigenthumserwerb des Verklagten vielmehr deshalb verneint, weil er den von den ersteren behaupteten bösen Glauben desselben für bewiesen erachtet.

Nach den Bestimmungen der §§ 10, 24 I 10 ALR. konnte derjenige zum Nachtheile des wahren Eigenthümers durch Verhandlungen mit dem eingetragenen Besitzer eines Grundstückes keine Rechte erwerben, welcher wußte, daß der letztere, der Eintragung ungeachtet, nicht der wahre Eigenthümer sei. Dieser Grundsatz ist, seinem Wesen nach, in das Ges. v. 5. Mai 1872 übernommen worden, und hat in dem Abs. 2 des § 9 das. seinen unzweideutigen Ausdruck gefunden. Es sollen nach dessen Bestimmung die seitens dritter Personen von einem unrichtig eingetragenen Eigenthümer gegen Entgelt an einem Grundstücke erworbenen Rechte zwar in Kraft bleiben, jedoch so bedingt, daß diese Rechte in redlichem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches erworben worden sind.

Der App.-Richter hat unangefochten festgestellt, wie der Verklagte selbst angegeben habe, daß die im Jahre 1837 durch mündlichen Vertrag an A. von der Stelle Nr. 13 abverkaufte und übergebene Streitparzelle seit dem Tode desselben dessen Erben gehört habe, und daß die im Grundbuche eingetragenen Eigenthümer der Stelle Nr. 13, denen der frühere Abverkauf der Parzelle an A. und der nach dessen Tode erfolgte Uebergang derselben auf seine Erben bekannt gewesen, auf Verlangen der letzteren dem Verklagten ohne Weiteres das Eigenthum aufgelassen hätten. Hieraus entnimmt der App.-Richter, daß der Verklagte zur Zeit dieser Auflassung diejenigen Thatsachen gekannt habe, aus denen sich ergebe, daß D. nicht Eigenthümer der ihm von ihm aufgelassenen Parzelle, und der Inhalt des Grundbuches insofern ein unrichtiger gewesen sei, als die Parzelle,

*) Vgl. Nr. 184 Bd. I S. 1063.

---

kaufs im Jahre 1875 gegenüber nicht die Rede sein kann, ist klar. Daß neben dem danach nicht übertragenen Eigenth. die obligator. Beziehungen aus dem Vertr. unberührt geblieben, ist gewiß richtig, und es wird auch nach dem Ges. v. 5. Mai 1872 nicht gerechtfertigt sein, den Käufer, der ohne Aufl. gekauft, übergeben erhalten und bezahlt, als unredl. Besitzer gegenüber seinen Kontrahenten zu behandeln (anders gegenüber Dritten, vgl. RG. 2 S. 308 unt. Nr. 193d). Die daraus weiter gezogenen Folgerungen sind aber nicht zuzugeben. Vgl. auch Erk. a. Nr. 89 Bd. I S. 367.

Darüber, daß § 93 I 11 nicht beseitigt, vgl. unt. Nr. 193.

Ueber Bergwerkseigenthum vgl. bei II 16.

was sie schon vor dem 1. Okt. 1872 nicht mehr gewesen, noch als Bestandtheil dieser Stelle betrachtet worden sei. Der App.-Richter schließt seine Ausführung mit den Worten: „Die Angabe des Grundbuches über das Recht des Auktors des Verklagten ist unrichtig; diese Unrichtigkeit hat der Verklagte vor der erhaltenen Auflassung gekannt; sein Erwerb der Parzelle ist daher ungiltig, selbst wenn er sie entgeltlich erworben hätte."

Dieser Auffassung ist vollständig zuzustimmen; es kann nach dem festgestellten Thatbestande nicht die Rede davon sein, daß der Verklagte die Auflassung der Streitfläche im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches erlangt habe. Auch der vor der Auflassung angeblich im Jahre 1874 an ihn erfolgte Verkauf seitens der A.'schen Erben kann die Rechtslage zu seinen Gunsten nicht ändern, um so weniger, als nicht die letzteren, vielmehr bereits die Kläger damals Eigenthümer waren. Der App.-Richter hat daher auch nicht den § 9 des Ges. v. 5. Mai 1872 und ebensowenig die §§ 7—17 I 7, §§ 10, 24 I 10 ALR. verletzt.

Nr. 193. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 1—7, 8, 10, 68; Grundbuch-O. §§ 48, 49; § 95 I 11 ALR. Eigenthumserwerb an Immobilien. Auflassung. Begriff u. rechtl. Natur. Voraussetzungen. Wirkungen. Die Folgen der unterbliebenen Auflassung.*)

a. Erk. v. 24. April 1876; ObTr. 77 S. 269.

b. Erk. v. 19. Juni 1876; ObTr. 80 S. 68.

c. Erk. v. 6. Dez. 1875; ObTr. 76 S. 69 (StrA. 94 S. 292).

Im Falle a. hatte A. eine in der Grundsteuermutterrolle, aber noch nicht im Grundbuch eingetragene Landparzelle an B., der sie bis dahin in Zeitpacht gehabt, 1873 notariell verkauft, sich zur Auflassung in 4 Wochen verpflichtet, auf die Klage des B. die Auflassung aber verweigert, weil B. selbst im Stande, die Besitztitelberichtigung zu erlangen, er selbst zur Auflassung ausser Stande, da sein Vorbesitzer in der Mutterrolle als Besitzer eingetragen. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter, der Auflassung nicht für erforderlich erachtet, verurtheilt. — Im Falle b. hatte A. 1873 sein Rittergut an B. aufgelassen, der in dem vorangegangenen m ü n d l. Vertr. die Hypothek des C. in partem pretii übernommen. Als bei der späteren Subhastation die Hyp. ausfiel, nahm C. den B. aus der mündl. Uebernahme u. § 41 des EigenthGes. persönlich für den Ausfall in Anspruch. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. — Im Falle c. war A. auf Grund Auflassung des vor 1872 eingetragenen Besitzers 1873 als Eigenthümer der Stelle Nr. 328 eingetragen, B. eingetr. Eigenthümer von Nr. 327. Als B. auf einer n a c h d e m K a t a s t e r, a u f w e l c h e s d a s G r u n d b u c h v o n N r. 3 2 8 n a c h d e r A u f l a s s u n g a n A. z u r ü c k g e f ü h r t, zu Nr. 328 gehörigen Parzelle Holz fällte, klagte A. gegen B. negatorisch, wogegen B. exzipirte, dass A. die Parzelle nicht mitgekauft, ev. dass er selbst sie schon vor 1872 gegen den Vorbesitzer des A. ersessen, ev. das Holzungsrecht ersessen. Der 2. Richter wies ohne Weiteres ab, weil das Eigenth. des A. an der Parzelle durch die Eintragung auf dem Grundbuchblatt aus dem Kataster nicht erwiesen werde, der Verkäufer des A. diese Parzelle an ihn auch nicht verkauft habe und habe verkaufen wollen. Das ObTr. hat vernichtet.

*) Vgl. D e r n b u r g 1 §§ 240, 241, 242, §§ 190 ff., 199; F ö r s t e r (E c c i u s) 3 § 178 II; D e r n b u r g u. H i n r i c h s § 23. — Nach § 1 des Ges. bedarf es seit dem 1. Okt. 1872 für alle Fälle f r e i w i l l i g e r V e r ä u ß e r u n g eines Grundstücks zum Eigenthums-

Gründe: a. Die Bestimmung im zweiten Satze des § 49 GBO. v. 5. Mai 1872, daß die Vorschriften des bisherigen Rechtes über den Erwerb des Eigenthumes auch in Ansehung der Grundstücke, für welche ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt werden kann, bis zur Anlegung desselben ihre Giltigkeit behalten sollen, betrifft lediglich den Fall der Unmöglichkeit der sofortigen Anlegung eines Grundbuchblattes. Dies ergiebt sich schon aus dem Wortlaute und daraus, daß es dem Belieben der Interessenten nicht überlassen sein kann, in welchen Fällen die Anwendung des neueren Rechtes suspendirt bleiben soll, ganz klar aber aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Sie ist bei den Landtagsberathungen der schon im Regierungsentwurfe enthaltenen Uebergangsbestimmung des ersten Satzes zusätzlich hinzugefügt, aus Besorgniß, es möchten einzelne Grundstücke, für welche ein Grundbuchblatt noch nicht habe angelegt werden können, weil z. B. ein Aufgebot erfolgen müsse, dem Verkehre entzogen werden, sofern nicht für den Fall der Veräußerung derselben die Giltigkeit der bisherigen Vorschriften noch vorbehalten bleibe. Die Ausnahme beruht mithin auf Gründen, deren Beseitigung von dem Willen des Besitzers nicht abhängt, und in der Motivirung wird noch besonders hervorgehoben, „es dürfe erwartet werden, daß eine solche Ausnahmevorschrift nur restriktive Anwendung finde und nur von objektiven Hindernissen verstanden werde.“ (Vgl. den Bericht der Kommission des Herrenhauses bei Werner, Grundbuch- und Hypothekengesetze II S. 171.) Wenn dem entgegen der App.-Richter die Vorschrift ganz allgemein auch da für anwendbar erachtet, wo ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist, und ohne ein Hinderniß im Sinne derselben festzustellen, annimmt, der Kläger sei, da er sich bereits im Besitze des ihm von dem Verklagten verkauften, im Grundbuche noch nicht vermerkten Grundstückes befinde, Eigenthümer desselben geworden und als solcher im Stande, die Anlegung eines Grundbuchblattes und seine Eintragung ohne Auflassung seitens des Verklagten zu betreiben, so wendet er den § 49 unrichtig an und verletzt zugleich den § 1 des Ges. v. 5. Mai 1872 durch Nichtanwendung.

Der App.-Richter verstößt ferner durch die Annahme, der Verklagte sei durch Veräußerung des Grundstückes in die Unmöglichkeit versetzt, seine Eintragung im Grundbuche zu erlangen, und demzufolge auch nicht mehr in der Lage, den Vertrag durch Auflassung des Grundstückes zu erfüllen, den Grundsatz des § 270 I 5 ALR., daß Verträge ihrem ganzen Inhalte nach erfüllt werden müssen, und daß davon

---

erwerb der Eintragung auf Grund Auflassung. Darauf, daß unter dem eingetragenen Eigenthümer in § 2 des Ges., durch den aufzulassen, nothwendig auch der vor dem 1. Okt. 1872 eingetragene zu verstehen, ist unt. Nr. 192 hingewiesen. Es unterliegt deshalb keinem Zweifel, daß, wer vor dem 1. Okt. 1872 einen auf den Eigenthumserwerb gerichteten Titel erworben, ohne das Eigenth. erworben zu haben, § 49 GBO., nach dem 1. Okt. 1872 die Auflassung, als den nunmehr zum Eigenthumserwerb erforderlichen Akt fordern kann, ohne daß darin eine Rückanwendung des Ges. liegt, daß auf solchen Fall deshalb auch § 8 des Ges. Anwendung findet. Vgl. StrA. 99 S. 16 unt. 193b. Noch zweifelloser ist, daß, da die Uebergabe nach dem 1. Okt. 1872 allein den Eigenthumsübergang nicht bewirkt, der Kaufvertrag jetzt die Verpflichtung zur Auflassung begründet, Nr. 193b. Wie dies auf die Anwendung des § 230 I 11 wirkt, darüber vgl. ObTr. 76 S. 288 daselbst. In ObTr. 80 S. 55 hatte A. jun. vor 1872 durch Vertrag mit seinen Miterben das Nachlaßgrundstück Nr. 18 erworben, zu welchem unstreitig das Grundstück Nr. 21 gehörte, welches aber auf besonderem Folium für den Erblasser eingetragen blieb. Nachdem A. vor 1872 das Nachlaßgrundstück an B. verkauft, der Besitztitel für B. berichtigt, durch eine förmliche Erklärung zwischen beiden ausdrücklich konstatirt war, daß Nr. 21 mitverkauft, weigerte A. die Auflassung von Nr. 21, ebenso seine Miterben; er wie die Erben sind zur Auflassung verurtheilt, weil das Eigenthum zwar vor dem 1. Okt. 1872 erworben, die Auflassung aber auch durch die Miterben erforderlich war, da Nr. 21 noch auf den Namen des Erblassers eingetragen war, der Kaufvertrag zwischen A. u. B. deshalb und da Nr. 21 auch in dem Vertrage zwischen den Erben und A. nicht erwähnt, nicht genügte. Vgl. auch zu I 15 StrA. 94 S. 362.

Voraussetzung der Auflassung ist ein Fall freiwilliger Veräußerung. Wo solche nicht vorliegt, wird das Eigenth. nach § 5 Abs. 1 nach den Vorschriften des alten Rechts, d. h. durch Titel u. Uebergabe oder durch den sonst vom Gesetz bestimmten Akt erworben. Die Ein-

eine blos subjektive Unmöglichkeit, die den Gegenstand der Verpflichtung unverändert läßt, noch nicht befreit.*)

Sein Erkenntniß unterliegt deshalb der Vernichtung.

Bei freier Beurtheilung erscheint der Klageantrag gerechtfertigt.

Die Abschließung des Vertrages v. 12. Dez. 1873, auf welchen der Anspruch des Klägers auf Auflassung des verkauften Grundstückes sich gründet, fällt in die Zeit der Geltung des Ges. v. 5. Mai 1872. Auch die Absicht der Kontrahenten ist darauf gerichtet gewesen, Eigenthum nach dem neueren Rechte zu übertragen und zu erwerben, da der Verklagte sich ausdrücklich zur Auflassung verpflichtet hat. Allerdings setzt die Erfüllung des Vertrages voraus, daß zunächst ein Grundbuchblatt angelegt und der Verklagte im Grundbuche als Eigenthümer eingetragen wird, weil ohne Eintragung die Auflassung nicht möglich sein würde. Von dem Verklagten ist aber nicht dargethan, daß er durch einen von ihm nicht zu beseitigenden Umstand verhindert werde, seine Eintragung zu erlangen. Er hat nur eingewendet, der Kläger habe die Beschaffung der zur Anlegung eines Grundbuchblattes erforderlichen Urkunden selbst dadurch vereitelt, daß er der Aufforderung, in die Umschreibung des auf den Namen seines, des Beklagten, Vorbesitzers in der Grundsteuermutterrolle noch eingetragenen Grundstückes zu willigen, bisher nicht nachgekommen sei; ohne seine Einwilligung könne die Umschreibung nicht erfolgen, und von dieser sei seitens des Katasteramtes wiederum die Ertheilung des Auszuges aus der Mutterrolle und des Besitzattestes abhängig gemacht. Allein durch die Eintragung des Verklagten in der Grundsteuermutterrolle ist seine Eintragung im Grundbuche nicht bedingt. Der dem Antrage auf Anlegung eines Grundbuchblattes nach dem § 134 GBO. beizufügende Auszug aus dem Steuerbuche dient nur zur Feststellung der Identität des Grundstückes, seiner Lage und Größe; das Besitzverhältniß muß nach näherer Vorschrift des § 135 daselbst dem Grundbuchrichter nachgewiesen werden, und danach ist der Verklagte zur Führung des Nachweises nicht auf das Attest des Katasteramtes beschränkt. Nach seiner unbestrittenen Angabe ist durch das gegen den Vorbesitzer des Klägers im Vorprozesse ergangene, für den letzteren ebenfalls verbindliche Erkenntniß rechtskräftig festgestellt, daß dieser nur Zeitpächter des Grundstückes, der Rechtsvorgänger des Verklagten dagegen Eigenthümer ge-

---

*) Vgl. Nr. 118 Bd. I S. 532.

---

tragung soll nur zur Weiterübertragung des Eigenth. durch Auflassung und Belastung erforderlich sein, nicht aber zu anderen Akten der Verfügung des Eigenthümers. Deshalb kann z. B. der Ersteher nach ObTr. 81 S. 176, 178 auch vor seiner Eintragung und vor aufgehobener Sequestration von dem Kündigungsrecht in § 357 I 21 ALR. Gebrauch machen.

Freiwillige Veräußerung steht im Gegensatz zu nothwendigen Veräußerungen; Veräußerung aber setzt ein Rechtsgeschäft voraus, welches durch Willenserklärung von der einen Seite das aufgegebene Eigenth. auf einen Anderen überträgt, der es durch seine Willenserklärung erwerben will, und zwar muß sich dies auf ein bestimmtes Grundstück als Objekt der Willenserklärung beziehen. Welche Fälle danach unter § 1 des Ges. fallen, darüber vgl. Achilles, Grundbuchrecht S. 41_6; Förster, Grundbuchr. § 2 S. 96; Willenbücher, Grundbuchr. S. 14, 21, 22; Dernburg u. Hinrichs § 22. Nicht unter § 1 fällt z. B. der Erbschaftskauf, ObTr. 80 S. 261 (StrA. 97 S. 360) Nr. 204 Erk. c., der Eigenthumserwerb durch inaedific., ObTr. 80 S. 51, Erk. c. Nr. 166 Bd. I S. 866, der Uebergang des Eigenth. vom Fideikommißbesitzer auf den Fideikommißnachfolger, § 206 II 4 ALR.; RG. 4 S. 248, 252, der Uebergang des Eigenthums in der Separation, Gemeinheitstheilung. Das ObTr. hatte schon in dem Präj. 2762; ObTr. 65 S. 183 angenommen, daß mit der Bestätigung des Auseinandersetzungsrezesses das Eigenth. an den Abfindungen als schon mit der gemäß § 203 V. v. 20. Juni 1817 vorher zulässigen Ausführung des Plans auf den Erwerber übergegangen anzusehen sei. In ObTr. 74 S. 222 ist sodann angenommen, daß durch den bestätigten Rezeß, da er nicht als freiwillig abgeschlossener Vergleich mit der Natur eines Titels zum Eigenthum anzusehen, ohne Besitzergreifung das Eigenth. übergehe, falls das Objekt im Rezeß erkennbar nach Spezialität, Größe, Grenze wirklich zugewiesen, §§ 169—171 V. v. 20. Juni 1817, §§. 76, 77 Ges. v. 8. April 1823

wesen sei. Zugleich ist auf Räumung des Grundstückes erkannt, der Besitz also durch richterliche Entscheidung für erledigt erklärt und deshalb nicht einzusehen, inwiefern die Einwilligung des Klägers in die Ertheilung des Auszuges erforderlich sein sollte. Durch Vorlegung des Erkenntnisses vermag der Verklagte sein Gesuch um Ertheilung des Auszuges aus dem Steuerkataster ausreichend zu begründen. Der ablehnende Bescheid, den er von dem Katasteramte erhalten haben will, ist kein endgiltiger und rechtfertigt seine Begründung nicht, vielmehr steht ihm noch der Weg der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde offen; diesen mag er einschlagen.

Gründe: b. Der App.=Richter stellt fest, daß die Auflassung des Gutes an den Verklagten auf Grund eines mündlich geschlossenen Kaufvertrages erfolgt und daß in diesem Vertrage die auf dem verkauften Gute für den Kläger eingetragene Forderung von dem Verklagten in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen worden ist. Dieser Geschäftsvorgang, unter Hinzutritt der Auflassung, genügt, um zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger, auch ohne Beitritt des letzteren zu dem Vertrage, eine persönliche Obligation zu begründen.

Nach der durch das Ges. v. 5. Mai 1872 sanktionirten Auflassungstheorie wird in alt=germanischer Rechtsauffassung die Immobiliar=Eigenthumsübertragung in voller Abstraktion von dem Erwerbungsgrunde, gleichsam durch die richterliche Einweisung, vermittelt durch die Auflassung und durch die Eintragung, beide zusammen, an Stelle der Tradition, als ein ungetrennter einheitlicher Rechtsakt gedacht (§§ 1, 2 Ges. v. 5. Mai 1872, § 48 GBO. v. 5. Mai 1872). Wie die Tradition zum Zwecke des Eigenthumserwerbes zumeist als Erfüllung des auf die Eigenthumsübertragung gerichteten Willens sich darstellt, so ist auch die Auflassung, abgesehen von ihrer abstrakten und formalen dinglichen Wirkung, zumeist angelehnt an ein die persönlichen Verhältnisse der Auflassungsinteressenten näher bestimmendes Rechtsgeschäft (§ 3 Ges. v. 5. Mai 1872). Bei dieser festbegrenzten Trennung und Verschiedenheit des Uebertragsgeschäftes, als Vorvertrages, von der Auflassung kann jeder dieser Akte, eben weil sie rechtlich selbstständig sind, mit juristischen Mängeln behaftet sein und daher angefochten werden, §§ 9, 10 a. a. O.

Die Motive zu dem Ges. (1871) rechtfertigen die Bestimmung der §§ 9, 10 durch folgende Erwägung: „Die Auflassungs= und Eintragungstheorie ändert zunächst an sich an den bestehenden Vorschriften über die Form der Verträge nichts. Die Klage auf Erfüllung, auf Uebergabe oder Auflassung kann also nur auf einen

---

wegen Regul. der gutsherrl. Verhältnisse in der Provinz Posen. Nach dem Ges. v. 26. Juni 1875 (GS. S. 325) ist jetzt darüber kein Bedenken mehr. Das Eigenth. an den Abfindungen geht danach bei Gemeinheitstheilungen und Zusammenlegungen schon vor Bestätigung des Rezesses (also jedenfalls mit demselben) mit der Ausführung des endgültig festgestellten Plans auf den Besitznehmer ohne Auflassung über; die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt auf Grund des Plans nach Fortschreibung des Katasters auf Requisition der Auseinandersetzungsbehörde. In dem unt. Nr. 192 mitgetheilten Falle RG. 2 S. 323 war die Parzelle von A. bei der Separation in die Masse geworfen und ihm bei der 1863, 1865 stattgehabten Ausführung des Plans eine andere überwiesen. Der Grundbuchrichter hatte nach Eingang des bestätigten Rezesses auf Grund desselben den C., an den die alte Parzelle aufgelassen, als Eigenthümer der neuen vermerkt. Das RG. führt aus, dies sei falsch, C. nicht auf Grund des Rezesses, welcher das Aequivalent dem A. überwiesen, eingetragen, die Eintragung falsch. Die Bedenken dagegen liegen auf der Hand; die Auflassung konnte sich nur auf das Aequivalent beziehen, das nach Einleitung und Ausführung der Separation von selbst Objekt des Grundbuchblatts geworden, durch den Vermerk auf dem Titelblatt als solches nur festgestellt, beurkundet. Vgl. Förster (Eccius) 3 § $178_{36, 13}$.

Dagegen fällt unt. d. Begr. der freiwilligen Veräußerung ohne Bedenken die Uebertragung des Eigenth. an einem Nachlaßgrundstück durch die Erben auf einen der Miterben, RG. 9 S. 272. In diesem Falle hatten die Erben bei der Auseinandersetzung einem der Erben das Nachlaßgrundstück überlassen und dieser alle Rechte aus dem Erbrezeß, insbesondere das R. auf Auflassung an A. abgetreten. Später verweigerte der Erbe die Auflassung, weil er in GG. lebe und das erworbene Grundstück ohne Zustimmung der Ehefrau nicht habe veräußern dürfen, § 378 II 1 ALR. Das RG. deduzirt, daß der Erbe ohne Auflassung kein

formell giltigen Vertrag gegründet werden. Die auf Grund der Auflassung aber erfolgte Eintragung des Eigenthums muß gelten, wenn auch der Vertrag formell ungiltig gewesen, denn sie hat nicht in diesem, sondern in der Auflassung ihre causa. Es kann daher zwar als Konsequenz der Scheidung des sachenrechtlichen von dem nur obligatorischen Momente des Erwerbes eine Anfechtung der Eintragung wegen mangelnder Form des Veräußerungsvertrages nicht zugelassen werden; aber eine solche Vorschrift würde allein nicht genügen, um nach formgerecht ertheilter Auflassung und Eintragung die anderweitigen vertragsmäßigen Ansprüche des Veräußerers zu sichern, der, wenn dieselben wegen mangelhafter Vertragsform nicht klagbar gemacht sind, auf das Bedenklichste gefährdet werden könnte, indem er seinerseits den Vertrag durch die Auflassung unwiderruflich erfüllt, mithin das Eigenthum des Grundstückes hingegeben hätte und die Gegenleistung nicht erlangen könnte. — ... Deshalb ist der weitergehende Grundsatz angenommen worden, daß die formgerechte Auflassung den Mangel der Form des Veräußerungsvertrages ersetzt oder heilt, daß mithin, wenn die Auflassung formgerecht ertheilt ist, der Veräußerer aus dem Vertrage das Klagerecht auf die Gegenleistungen hat und sich nicht der Einrede ausgesetzt sieht, daß er die Gegenleistung nicht fordern könne, weil der Vertrag wegen Formmangels klaglos sei.

Also das Rechtsgeschäft, in dessen Veranlassung die Auflassung geschehen, das Vorgeschäft, ist, der zivilrechtlichen Formlosigkeit ungeachtet, rechtsgiltig mit der Wirkung, daß der Veräußerer, weil er durch die Auflassung unwiderruflich erfüllt hat, auch die Gegenleistung, also das mündlich versprochene Kaufgeld fordern und einklagen kann.

In dem vorliegenden Falle handelt es sich aber dem Klagegegenstande nach um Kaufgeld, indem der Verklagte als Käufer, an Stelle der Zahlung des Kaufgeldes, die auf dem erkauften Gute eingetragene Forderung in Anrechnung auf seine Kaufgeldschuld übernommen hat. Für den Verkäufer würde daher aus dieser Schuldübernahme auf Grund des Kaufvertrages ein unmittelbares obligatorisches Recht gegen den Verklagten als Käufer entstanden und der Einwand der mangelnden Form durch das Gesetz selbst absolut beseitigt sein. Aber unter dem Schutze dieses Gesetzes steht auch der Gläubiger, dessen Forderung von Seiten des Verklagten in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen worden ist; § 41 Ges. v. 5. Mai 1872. Dem Gläubiger der über-

---

Eigenth. erworben habe, da er nach dem PlBeschl. ObTr. 35 S. 352 zu I 17 das Grundstück selbst durch den Erbgang auch nicht zum aliquoten Theil erworben; sein Eigenthumstitel sei lediglich der Rezeß; derselbe habe ihm nur das persönl. R. auf Auflassung, nicht Eigenth. verschafft; die Abtretung dieses persönlichen Rechts unterliege deshalb nicht dem § 378 cit.

Voraussetzung der Auflassung ist weiter, daß das Grundstück im Grundbuch eingetragen oder eingetragen werden kann; ohnedies kommt das alte R. zur Anwendung, GBO. § 49.

Der Umstand allein, daß noch kein Grundbuchblatt für das Grundstück besteht, hindert nach Erk. a. die Anwendung des § 1 nicht; aus § 1 in Verbindung mit § 2 folgt nur, daß die Eintragung des Eigenthümers der Auflassung vorangehen muß, wo nicht ausnahmsweise, § 5 Abs. 2, das Gegentheil gestattet. Der Satz 2 § 49 GBO. ist nach dem Zwecke des Ges. strikt zu nehmen.

Auf den Begr. u. die rechtl. Natur der Aufl. ist schon unt. Nr. 192 hingewiesen. Sie ist die auf Eigenthumsübertragung und Erwerb gerichtete Willenserklärung, die als solche in Verbindung mit der nachfolgenden Eintragung das Eigenth. überträgt. Daß Aufl. u. Eintragung ein einziger, untrennbarer Akt, ergiebt sich aus §§ 1, 2 des Ges. u. § 48 der GBO.; die Eintragung ist nicht etwa als die Beurkundung der Auflassung aufzufassen; beides zusammen ist ein Akt, auch wenn er zeitlich getrennt. Darauf beruht das praktisch wichtige Erk. ObTr. 82 S. 63. A. hatte sein Grundstück 1877 an B. aufgelassen, Tags darauf der Prozeßrichter wegen einer persönl. Forderung des C. gegen A. um Eintr. einer Vorm. ersucht, die demnächst auch eingetragen war, während die Eintr. des B. als Eigenthümer erst später erfolgte. Die Klage des B. gegen C. auf Löschung der Vorm. ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. Vgl. §§ 45, 41 GBO., § 22 EigenthGes. Neben diesem Akt kommt es auf einen anderen Titel oder auf Uebergabe nicht an. Ist der Willenserklärung

nommenen Forderung steht gegen den Erwerber des verhafteten Grundstückes nicht nur die dingliche Klage zu, sondern es ist ihm, in Abänderung der älteren Gesetzesvorschriften (§ 54 I 20, §§ 75—77 I 5 ALR.) und der Dekl. v. 21. März 1835, auch ohne Beitritt zu dem Kauf- und Schuldübernahmevertrage eine persönliche Klage gegen den Erwerber und Schuldübernehmer gegeben. Auf der Anerkennung der durch die Schuldübernahme bethätigten Absicht der Kaufsinteressenten, daß der Verkäufer in Ansehung der übernommenen Schuld von seiner persönlichen Haft völlig befreit werden solle (Motive), beruht der § 41 Abs. 2.

Der Gläubiger der übernommenen Forderung, obgleich er an dem Abschlusse des Kauf- und Schuldübernahmevertrages in keiner Weise rechtlich und faktisch betheiligt ist, wird auf Grund des Gesetzes in die neue Obligation hineingezogen und, bei Verlust seines persönlichen Anspruches gegen den Veräußerer, ihm die Pflicht auferlegt, binnen einer bestimmten Frist seine Forderung gegen den neuen Schuldner geltend zu machen. Jene neue, auch für den Gläubiger der übernommenen Forderung wirksame Obligation hat aber ihre rechtliche und faktische Grundlage auf dem, mit der Klausel der Schuldübernahme geschlossenen Kaufvertrage, und wie aus dem letzteren der Veräußerer seine Liberation gegen den Käufer geltend machen kann, so kann sich auf diesen Kaufvertrag auch nur der Gläubiger stützen, wenn er gegen den Käufer sein persönliches Forderungsrecht geltend macht. Mit einem Worte: die Klage zur Geltendmachung dieses persönlichen Rechtes ist nicht die Klage aus dem ursprünglichen Darlehne, welches der Hypothek etwa zum Grunde lag (denn eine Darlehnsschuld existirt zwischen dem Gläubiger und dem neuen Erwerber des Grundstückes nicht), sondern die Klage aus dem Kauf- und Schuldübernahmevertrage, die auf Grund des Gesetzes durch den Abschluß des Vertrages, unter Hinzutritt der Auflassung, auf den Gläubiger der übernommenen Forderung übergegangen ist. Diese Obligation aus dem Kaufe kann aber und muß auch für den Gläubiger in derjenigen Qualifikation und Form bestehen, in welcher sie den Hauptkontrahenten gegenüber in rechtliche Existenz getreten ist. Als Obligation für beide, den Veräußerer und den Gläubiger, ist nur die eine aus dem Kaufe wirksam und auch für den Erwerber nur verpflichtend. In der Form, in welcher diese Obligation für den Veräußerer rechtliche Wirksamkeit gegen den Erwerber erlangt hat, muß sie auch für den Gläubiger ihre rechtliche Kraft äußern.*)

---

*) Ueber die Bedenken gegen diese Auffassung s. bei I 20 Ges. v. 5. Mai 1872 § 41.

---

in der Auflassung ein Rechtsgeschäft vorausgegangen, welches einen Titel zum Eigenthumserwerb im Sinne des ALR. enthält, so kann dieser Titel nicht für den Eigenthumserwerb unmittelbar mehr Bedeutung haben, nur für die obligatorischen Beziehungen der Kontrahenten aus der Eigenthumsveräußerung bez. dem Eigenthumserwerbe, und mittelbar für die Interpretation der in der Auflassung enthaltenen Willenserklärung, z. B. bezüglich des Objekts. Es ist deshalb nicht richtig, wenn die Aufl. in RG. 5 S. 285 (Hülfs-Senat) als Erfüllung des vorangegangenen Veräußerungsgeschäfts der Uebergabe gleichgestellt u. die selbstständige Anfechtung aus § 5 Nr. 3 Ges. v. 9. Mai 1855 ohne Angriff gegen das veranlassende Rechtsgeschäft versagt wird. RG. 2 S. 228, 231 weicht davon auch ab, und entschieden dagegen spricht, was aus § 10 des Ges. folgt. Danach soll die Auflassung die mangelnde Form des Rechtsgeschäfts heilen, in dessen Veranlassung die Aufl. erfolgt. Die Vorschrift hat ihren Grund nicht blos darin, daß das Ges. auch für Gebiete des gem. R. bestimmt, welchem Vorschriften über die Schriftlichkeit der Veräußerungsverträge unbekannt, kann auch nicht den für Vertr. über Grundstücke unanwendbaren § 146 I 5 auf Grundstücke anwenden wollen, sondern beruht darauf, daß die in der Auflassungserklärung enthaltene förmliche Willenserklärung auf Uebertr. und Erw. des Eigenth. nothwendig im Interesse der Rechtsgleichheit nicht blos den Eigenthumserwerb, sondern auch die obligatorischen Beziehungen zwischen den Kontrahenten feststellt, für welche das vorangegangene Rechtsgeschäft, welches durch die Aufl. seinen definitiven Abschluß gefunden, entscheidend. Darüber verhält sich das Erk. b. Ebenso StrA. 99 S. 318 in einem ganz gleichen Falle. Vgl. Werner, Mater. II S. 17, 66 ff., 125 ff., 142 ff. Ein anderes Beispiel giebt StrA. 95 S. 312 (vgl. bei I 20 § 41 Ges. v. 5. Mai 1872). In diesem Falle hatte A. 1873 an seine Ehefrau aufgelassen,

Wenn der mündliche Kaufvertrag unter dem Schutze der nachfolgenden Auflassung und Eintragung für die unmittelbaren Kontrahenten rechtsgiltig ist, der Einwand der mangelnden Form daher keine Bedeutung hat, so muß diese rechtliche Wirkung mit Nothwendigkeit auch für den Kläger eintreten, der aus jenem Kaufe ein obligatorisches Recht, betreffend die Zahlung der Kaufgelder in Höhe der übernommenen Schuld, gegen den verpflichteten Käufer geltend macht. Der Gegenstand dieses Anspruches stellt auch nicht etwa ein nebensächliches Moment, eine Nebenabrede des Kaufvertrages dar, sondern betrifft, weil das Kaufgeld und namentlich die Zahlung desselben bestimmend, ein wesentliches Element des Kaufvertrages (§§ 127 I 5, § 12 I 11 ALR.). Die Uebernahme und Zahlung der Hypothekenschuld seitens des Verklagten, an Stelle des Kaufgeldes, ist daher aus dem Rahmen des Kaufvertrages nicht herauszunehmen und nicht als ein besonderer Vertrag aufzufassen, sondern sie steht, als wesentlicher Theil des erfüllten Kaufvertrages, nach äußerer Form und rechtlicher Wirksamkeit auch für den Kläger, als Gläubiger der übernommenen Schuld, unter dem Einflusse und dem Schutze des formlosen Kaufvertrages.

Gründe: c. Seit dem 1. Okt. 1872 wird das Grundeigenthum bei freiwilliger Veräußerung lediglich durch die auf Grund der Auflassungserklärung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges erworben, und bedarf demgemäß auch der eingetragene Eigenthümer zur Geltendmachung der aus dem Eigenthume fließenden Klagerechte nicht mehr des Nachweises eines Eigenthumstitels, und am wenigsten eines die Auflassung begründenden Titels; jener Titel liegt in der die Auflassung darstellenden Willenserklärung des bisher eingetragenen Eigenthümers, §§ 1, 2, 7 Ges. v. 5. Mai 1872. Allerdings kann ein solcher Eigenthumsübergang auf Grund des demselben vorausgegangenen Rechtsgeschäftes angefochten werden; allein diese Anfechtung unterliegt den allgemeinen Rechtsregeln, und nach diesen kann der bloße Besitzer des veräußerten Grundstückes, als solcher, nicht die Mängel eines Geschäftes rügen, welchem er vollständig fremd ist. Da der Richter eine andere rechtliche Stellung des Verklagten nicht in Betracht zieht, so konnte er auch dem Kläger das Eigenthum an dem Streitstücke deshalb, weil Kläger dasselbe von seinem Vorbesitzer nicht angekauft habe, nicht absprechen. . . . .

Der § 4 der GBO. aber verordnet, daß die Grund- und Gebäudesteuerbücher zur Ausmittelung der in die Grundbücher einzutragenden oder eingetragenen Grundstücke, ihrer Lage und Größe, dienen sollen, und daß die Ergänzung der in

---

diese dabei die Hyp. des B. in p. pr. übernommen. Sie bestritt später ihre persönliche Verpflichtung, weil sie die Verpflichtung ohne Rechtsbeistand übernommen, §§ 198 ff. II 1 ALR. Dies ist auf Grund § 10 verworfen. Noch etwas weiter geht ObTr. 81 S. 9 (StrA. 98 S. 182), wo angenommen, daß der Grundsatz des § 10 auch auf mündl. Nebenabreden im Sinne §§ 127—129 I 5 zu beziehen. In diesem Falle hatte A. schriftlich an B. verkauft, B. darin eine bestimmte Hyp. in p. pr. übernommen, Auflassung erhalten und gegen A. auf Löschung einer nicht übernommenen Hyp. geklagt. A. exzipirte, daß mündlich verabredet, die Löschung solle nur unter gewissen Bedingungen verlangt werden dürfen. Die Instanzen verwarfen dies, weil die §§ 127 ff. I 5 durch § 10 des Ges. nicht aufgehoben. Das ObTr. hat vernichtet, weil die Motive des Ges. erkennen ließen, daß, wo Aufl. erfolgt, der gesammte wirkliche Vertragsinhalt zur Geltung gelangen solle, der Untersch. zwischen Haupt- u. Nebenabreden deshalb für den Fall der Aufl. nicht mehr aufrecht zu erhalten sei, zumal das Gegentheil dahin führen würde, dem blos mündl. geschlossenen Vertr. mehr Wirksamkeit beizulegen, als dem theils schriftlich, theils mündlich geschlossenen. Ebenso RG. 2 S. 293, wo A. an B. aufgelassen auf Grund schriftl. Tauschvertr., in welchem er sich verpflichtet, dem B. für eine eingetragene Hyp. von 150000 einen Gläubiger, der 6 Jahre nicht kündigen dürfe, zu beschaffen; 130000 waren cedirt, 20000 von A. selbst erworben. Als A. gegen B. auf Zahlung der 20000 klagte, exzipirte B., daß nach dem Erwerbe der 20000 und vor der Auflassung mündlich verabredet, die Hyp. solle 6 Jahre unkündbar sein. Das RG. hat die Replik der mangelnden Schriftform aus den Gründen des ObTr. verworfen, ohne die Bedenken dagegen zu leugnen. Direkt trifft § 10 den Fall, wo ein förml. Vertrag vorhanden, offenbar nicht; während § 10 die formlos konstituirte Obligation durch die Auflassung wirksam werden läßt, bestimmen §§ 127 ff. I 5, was als Obligation gelten soll, treffen also eine ganz andere

den Steuerbüchern mangelnden Größenangaben durch Vermessung von dem Eigenthümer zu beantragen ist.

Das Nähere der Verbindung der Grundbuchblätter mit den Steuerbüchern ist den Ministerialverordnungen überlassen und auf diesem Wege auch bestimmt. Der Zweck der neuen Vorschrift ist, das in dem bisherigen Grundbuchwesen zurückgetretene sog. Spezialitätsprinzip in Betreff des Gegenstandes strenger durchzuführen, und diesen Gegenstand im Interesse Aller, die sich in Verhandlungen darüber einlassen, mit möglichster Genauigkeit zu individualisiren, so daß fortan das Grundbuch, in Verbindung mit dem Kataster, hinsichtlich der Beschaffenheit und des Umfanges des Grundstückes eine sichere Grundlage für den Erwerb des Eigenthumes und der dinglichen Rechte darzubieten vermöchte. Ueber diesen Zweck und Sinn der Bestimmungen in §§ 4, 5 der GBO. lassen die Materialien des Gesetzes keinen Zweifel.

Die Regierungsmotive zum § 4 bemerken: Zur näheren Feststellung der in das Grundbuch einzutragenden Grundstücke können jetzt, und müssen daher auch die Grund- und Gebäudesteuerbücher als Basis angenommen werden, um den Gegenstand, auf welchen sich ein Grundbuchblatt bezieht, sowohl im Interesse der Erwerber, als der dinglich Berechtigten desselben möglichst genau zu bezeichnen. — Vollkommen würde dieser Zweck erreicht werden, wenn sämmtliche Bestandtheile der Güter auf den Titel des Grundbuchblattes eingetragen würden, wie dies nach dem § 5 der V. v. 31. März 1834 und der AKO. v. 16. Juli 1840 für die Prov. Westphalen vorgeschrieben ist. (Werner, Grundb.- u. Hypothekenges. 2 S. 150.)

In der Einleitung der Motive zum Grunderwerbsgesetze wird in Betreff der zu beseitigenden Mängel der bisherigen Hypothekenverfassung und des Hyp.-Buches Folgendes gesagt: So kam es, daß die beiden Prinzipien der Publizität und Spezialität nicht genug, das Prinzip der Legalität zu viel leistete. Die Publizität leistete nicht genug, denn der Inhalt des Hypothekenbuches war nicht die ausschließliche Erkenntnißquelle. Die Spezialität leistete nicht genug, weil das bestehende Recht noch die Eintragung von Forderungen mit unbestimmtem Betrage zuließ, weil das Hypothekenbuch keine sichere Auskunft über die Höhe des Pfandobjektes enthielt, es vielmehr unbekannt blieb, ob Substanztheile oder Zubehörungen des Grundstückes inzwischen bei, oder seit der Eintragung der Hypothek abgetrennt, oder zugeschlagen worden. (Werner a. a. O. 2 S. 10.)

In der Kommission des Herrenhauses fand die Bestimmung des § 4 der

---

Frage. Nur wenn die mündl. Abrede nach dem schriftl. Akt vor der Aufl. wiederholt, kann der Mangel der Form nach § 10 als sanirt gelten. Vgl. Förster (Eccius) 1 § 79_{86}. Ganz zweifellos war § 10 unanwendbar in dem Falle RG. 3 S. 257. A. hatte an B. notariell verkauft und aufgelassen. In dem Vertr. war stipulirt, daß B. an C. eine Abfindung zu zahlen, und die Abfindung für C. eingetragen, ohne daß er bei dem Vertrage zugezogen oder die Abfindung acceptirt hatte. Als die Kontrahenten A. u. B. die Abfindungsstipulation sodann unter sich wieder rückgängig machten und C. die Löschungsbewilligung, die verlangt wurde, weigerte, drang die Klage des B. gegen ihn auf Löschung durch, obwohl C. exzipirte, daß sein mangelnder schriftl. Beitritt zu dem Vertrage, §§ 75, 76 I 5 nach § 10 des Ges. unschädlich. Denn nicht vorhandene oblig. Rechte Dritter zu schaffen, ist § 10 nicht bestimmt; die §§ 75 76, 391, 153 I 5 sind deshalb durch § 10 nicht berührt. Auch da kann § 10 nicht helfen, wo das Obj. der Aufl. und des formlosen Vertrages nicht identisch. In ObTr. 82 S. 177 hatte A. an B. mündlich verkauft, übergeben, den Kaufpreis bezahlt erhalten, und als Obj. des Vertr. die Nr. 650 u. 670 aufgelassen. B. klagte demnächst auf Rückzahlung des Preises unter Erbieten zur Rückauflassung, weil die aufgelassenen Grundstücke nur ein Theil des Kaufobjekts, der Rest dem A. nicht gehörig, er irrthümlich angenommen, daß A. Eigenthümer. Der 2. Richter nahm an, daß nach § 10 des Ges. der Vertr. verbindlich, B. nur auf Interesse klagen könne. Das ObTr. vernichtete, weil § 10 nur anwendbar, wo Auflassung und formloser Vertrag sich decken, daß B. sich zwar darauf nicht berufen könne, daß er sich im Irrth. über das Eigenth. des A. befunden, weil solch Irrth. unwesentlich, — vgl. Nr. 77 Bd. I S. 298, 300 I 11 § 19, — der Rücktritt dem Kläger aber nach §§ 155 ff. I 5, §§ 15 ff. h. t. offen stehe, da nur mündl. Vertr. über ein Grundstück vorliege. Ganz unbedenklich ist, daß neben der Auflassung die Simulation des Kaufpreises in dem mündl. oder schriftl.

GBO. eine ausdrückliche Anerkennung dahin: Die in dem § 4 angeordnete Verbindung des Grundbuches mit dem Kataster hat für den Verkehr und den Realkredit offenbar große Vortheile, weil dadurch die einzelnen Grundstücke viel mehr, als bisher individualisirt und spezialisirt werden. (Werner a. a. O. S. 163.)

Nicht minder wurden endlich die Bedenken, welche bei der Berathung des § 6 des Grunderwerbsgesetzes (Ausschluß der Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer) verschiedentlich dahin vorgebracht wurden, daß der Ausschluß der Ersitzung ein alle Bestandtheile des Grundstückes ergebendes Grundbuch voraussetze, und daß die Kataster nicht mit der Sorgfalt bearbeitet seien, um auf Grund derselben überall die etwa streitigen Grenzen feststellen zu können, mit der Hinweisung auf die Vermuthung, daß die Kataster genau und sorgfältig bearbeitet, und auf die Nichtzulässigkeit eines dem Grundbuche widerstreitenden besonderen Eigenthumes, beseitigt. (Werner, a. a. O. S. 51, 111.) Soll aber hiernach das mit dem Grundbuche verbundene Kataster für die genaue Bezeichnung und Bestimmung des durch das Grundbuchblatt repräsentirten Gegenstandes bestimmt sein, so muß dasselbe auch zum Nachweise dessen dienen, was der eingetragene Eigenthümer in Folge der Auflassung erworben hat. Denn der Gegenstand der Auflassung ist gerade das auf dem Blatte verzeichnete Grundstück, das Eigenthum desselben wird durch die Eintragung erworben, und der Erwerber hat, da Besitz und Titel für den Eigenthumserwerb nicht entscheidend sind, kein anderes Mittel, die Beschaffenheit seines Eigenthumes nachzuweisen. Daraus folgt, daß der eingetragene Eigenthümer die ihm nach dem § 7 Ges. v. 5. Mai 1872 zustehenden Klagerechte bezüglich aller Bestandtheile hat, welche sich aus dem im Grundbuche bezogenen Kataster ergeben; der verklagte Besitzer solcher Bestandtheile nimmt in Beziehung auf dieselben und auf die Beweislast keine Ausnahmestellung ein, sondern muß die ihm gegen die Klage nach dem gedachten Gesetze oder sonst zuständigen Vertheidigungsmittel gebrauchen, wenn er nicht weichen will (§ 176 I 7; §§ 1—2 I 15 ALR.). Das angegriffene Urtel war deshalb zu vernichten.

In der Sache selbst hat Verklagter der Eigenthumsfreiheitsklage des eingetragenen Klägers die Einrede entgegengesetzt, daß er den gerügten Holzhieb auf dem Streitstücke länger, als 30 Jahre vorgenommen, und das Recht dazu durch Verjährung erworben habe, und daß der Vorbesitzer des Klägers, welcher nach Lage der Sache das Grundstück Nr. 328 lange vor Erlaß des Ges. v. 5. Mai 1872 erworben

---

Vertrage, §§ 70, 71, 74 I 11, Nr. 59 Bd. I S. 229, Nr. 89 Bd. I S. 367, — den Eigenthumsübergang nicht mehr berührt, wenn nur Eigenthumsübertragung gewollt; die oblig. Beziehungen richten sich nach der mündl. Abrede.

Die Auflassung wirkt die Eigenthumsübertragung ohne Titel und Uebergabe, nicht aber den Besitz, deshalb nicht das possess. Vgl. unt. Nr. 134 Bd. I S. 625, 631, unt. Nr. 145b. Bd. I S. 701 u. StrA. 100 S. 12. Der auf Grund der Aufl. Eingetragene gilt nach § 7 Abs. 1 des Ges. als Eigenthümer mit allen Rechten u. Pflichten desselben, bis sein Eigenth. beseitigt. Objektiv erstreckt sich diese Wirkung unter den Kontrahenten auf das, was hat aufgelassen werden sollen, das Obj. der Willenserklärung, jedem Dritten gegenüber, mag er im Besitz sein oder nicht, auf das, was sich aus Grundbuch und Kataster als Obj. der Aufl. ergiebt, oder Zubehör ist. (Vgl. aber dagegen Erk. b. Nr. 193a.) Wo die Zurückführung auf den Kataster stattgefunden, kann nach dem Erk. c. darüber kein Zweifel sein. Nach ObTr. 78 S. 154 (StrA. 99 S. 62) entscheidet der Kataster auch, wo die Zurückführung noch nicht erfolgt, sich aus demselben aber oder sonst die Zubehöreigenschaft ergiebt, z. B. eine Parzelle bei der Separation als Abfindung überwiesen. In dem entschiedenen Falle hatte A. sein Grundstück Nr. 10 an B. 1873 aufgelassen, vindizirte gegen denselben dann ein in dessen Besitz befindliches Landstück, welches erwiesen bei der Separation 1868 dem Grundstück des A. Nr. 75 als Abfindung überwiesen war. B. exzipirte, daß ihm dieses Landstück als zu Nr. 10 gehörig von A. mitverkauft und übergeben. Der 2. Richter wies ab, weil das streitige Landstück im Grundbuche Nr. 75 nicht zugeschrieben. Dies ist vom ObTr. reprobirt, weil es der Zuschreibung im Grundbuche weder nach dem früheren R. (HypNov. v. 24. Mai 1853 § 1, Instr. dazu v. 3. Aug. 1853 Art. 1) noch nach § 77 GBO. bedürfe, um die Zubehörseigenschaft herzustellen. Hiernach würde

gehabt, das Streitstück nie besessen, und diesem dasselbe weder verkauft, noch angewiesen habe. In der zweiten Instanz hat er diese Einreden dahin ergänzt, daß er und seine Vorbesitzer das Streitstück mindestens seit 1800 besessen, und auf die einzig mögliche Weise, durch Holzhieb, genutzt haben, so daß er der wahre Eigenthümer oder doch wenigstens der Servitutberechtigte sei, und Kläger hat dies bestritten.

Daß Kläger das Grundstück aufgelassen erhalten hat und als Eigenthümer eingetragen ist, steht außer Frage; daß das Grundstück sich auf das Streitstück erstreckt, ist als erwiesen anzunehmen. Kläger ist daher gemäß § 7 Ges. v. 5. Mai 1872 auch zu allen Eigenthumsklagen in Beziehung auf das Streitstück, also auch zur negatorischen Klage behufs Abwehr von Eingriffen in die Nutzung legitimirt. Das Eigenthum des Klägers ist aber anfechtbar, und es fragt sich, ob die Entgegnungen des Verklagten dasselbe widerlegen. Nicht geeignet ist hierzu die Behauptung, daß Kläger die Parzelle von dem Vorbesitzer nicht gekauft und übergeben erhalten habe, weil dem Verklagten, welcher kein Rechtsnachfolger jenes Vorbesitzers ist, Rechte aus dem zwischen diesem und dem Kläger angeblich abgeschlossenen Kaufe nicht erwachsen sind; abgesehen davon, daß weder dieses Kaufgeschäft offen gelegt, noch durch den aufgenommenen Beweis dargethan ist, daß der Vorbesitzer wirklich das Streitstück nicht mitverkauft hat. Dagegen kann der Verklagte unbedenklich der Klage die Behauptung entgegensetzen, daß er selbst das Eigenthum des Streitstückes bereits vor dem Ges. v. 5. Mai 1872 gegen die Vorbesitzer des Klägers durch Ersitzung erworben habe. Denn eine solche Ersitzung ist durch dieses Ges. und die auf Grund desselben erworbenen Rechte nicht ausgeschlossen. Der § 6 des Ges. verbietet, in Abweichung von dem bisherigen Rechte, nur eine Ersitzung, die noch eintreten soll. Der § 7, welcher die Einrede der Verjährung gegen die Eigenthumsklagen abschneidet, handelt, wie schon die Unterscheidung von Verjährung und Ersitzung (§ 6) zeigt, und weil bei anderer Auffassung etwas im Verhältnisse zu § 6 Ueberflüssiges bestimmt wäre, nur von der erlöschenden oder Klagen-Verjährung, und beansprucht jedenfalls auch keine rückwirkende Kraft. Das Gesetz legt überhaupt nirgends den neuen Erwerbsformen des Eigenthumes und den damit verknüpften Folgen rückwirkende Kraft bei; und wenn auch nach den Vorschriften desselben der auf Grund der älteren Erwerbsart eingetragene Eigenthümer das Eigenthum unter den neu bestimmten Formen

---

gemäß § 7 Abs. 2 des Ges. der Bekl. die vindic. des Klägers nur durch Widerklage haben beseitigen können. Das ObTr. hat indessen die Abweisung bestätigt, indem es aus den Gründen des Erk. b. Nr. 192 die Berufung auf § 7 des Ges. abgelehnt, weil A. als Eigenthümer von Nr. 75 vor dem 1. Okt. 1872 eingetragen war. Ueber die Bedenken dagegen und gegen die im Erk. c. wiederholt ausgesprochene Zulassung der Einrede der Ersitzung gegen den, dem von dem vor 1872 eingetragenen Besitzer aufgelassen, vgl. unt. Nr. 192. Dagegen kann darüber kaum ein Zweifel aufkommen, daß Aufl. und Eintr. allein da nicht wirkt, wo das aufgel. Objekt auch für einen Anderen im Grundbuch eingetragen, der sich in solchem Fall mit gleichem R. auf das Grundbuch und den § 7 beruft. So ObTr. 83 S. 270. In diesem Falle besaß A. 1874 die Nr. 32 u. 179 des Grundbuchs, verkaufte und übergab 1875 an B. von Nr. 32 die Parzellen 244 u. 245 nach Zeichnung und Auszug aus dem Steuerbuch, nach welchem sie zu Nr. 32 gehörten und nach welchem sie bei der Auflassung an B. 1876 auch unter Beibehaltung der alten Nr. 32 im Grundbuche für B. eingetragen wurden. Als A. dann Nr. 179 an C. aufließ und C. gegen den im Besitz befindlichen B. vindizirte, weil die Parzellen 244, 245 nach dem Grundbuche zu Nr. 179 gehörten, wurde gegen den 2. Richter die Klage abgewiesen, nachdem festgestellt, daß dieselben Flächenabschnitte, welche auf Nr. 179 eingetragen, auch auf Nr. 32 als Bestandtheile vermerkt waren, daß diese Parzellen von A. an B. wirklich hatten verkauft und übergeben werden sollen, daß A. damals von dem Besitz auf Nr. 179 gar nichts gewußt. Der bei der Eintragung auf beiden Grundbuchblättern vorhandene Konflikt konnte nicht durch § 7 des Ges., sondern nur nach den materiellen Grundsätzen über den Eigenthumserwerb entschieden werden, welche dahin führten, daß B. durch Verkauf und Auflassung das Eigenth. erworben, welches A. durch die Aufl. an C., da das Objekt fehlte, nicht nochmals hatte übertragen können.

mit den neubestimmten Wirkungen auf einen Andern übertragen kann, so bleiben doch diese Wirkungen nothwendig durch den allgemein giltigen Grundsatz beschränkt, daß wohl erworbene Rechte nicht dem Einflusse des neuen Gesetzes unterliegen. Demgemäß kann die bereits vollendet gewesene Ersitzung auch demjenigen gegenüber geltend gemacht werden, welcher das Eigenthum nach den Formen des neuen Gesetzes von Jemandem erworben hat, auf welchen die Erwerbsformen und Garantien dieses Gesetzes keine Anwendung finden.*) Der Kläger hat aber die Auflassung, wie bemerkt, von einer solchen Person erhalten. Die Geltendmachung der Ersitzung kann aber auch im Wege der Einrede erfolgen. Zunächst gilt die Regel, daß jedes Recht, das mit einer Klage verbunden ist, auch eine Einrede gewährt. Sodann gestattet die Negatorienklage die Einrede des eigenen Eigenthumes des Verklagten. Durch die Vorschriften des Ges. v. 5. Mai 1872 werden, auch wenn man dieselben für die Frage als maßgebend ansieht, diese Regeln nicht betroffen. Der § 7 beschränkt das Einrederecht des Verklagten für den Fall, daß derselbe sich auf einen von dem Kläger oder dessen Vorbesitzer in Folge eines auf Eigenthumserwerb gerichteten Rechtsgeschäftes erlangten Besitz beruft, also nicht einmal hinsichtlich aller Fälle der sog. exceptio rei venditae et traditae, und verweist den Verklagten mit dem Anspruche zur Klage oder Widerklage. Diese Bestimmung hat, nach den Motiven des Ges., den Zweck, die Bildung eines dem Bucheigenthume widersprechenden Besitzes zu verhindern. Ob sie diesem Zwecke entspricht, kann dahin gestellt bleiben; auf die Einrede der Ersitzung, als eines unmittelbaren Eigenthumserwerbes, kann sie nicht bezogen werden. Abgesehen von dieser Vorschrift ist in den §§ 9 und 10 des Gesetzes der Gründe gedacht, aus welchen die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen durch Anfechtung beseitigt werden kann; der § 9 insbesondere spricht aus, daß die Anfechtung nach den Vorschriften des bürgerlichen R. gestattet sei. Man kann, wenn man will, hierin ein Anerkenntniß und eine Charakterisirung des von dem Verklagten geltend gemachten Rechtes der bereits vollendet gewesenen Ersitzung des übertragenen Eigenthumes erblicken, wenn darauf auch die in der Bestimmung weiterhin beigefügte Beschränkung des Anfechtungsrechts nicht zutrifft; daß aber die Anfechtung blos im Wege der Klage erfolgen könne, ist nicht ausgesprochen, und im Begriffe der Anfechtung liegt eine solche Einschränkung nicht.

---

*) Vgl. Erk. c. Nr. 192.

Keinem Bedenken unterliegt ferner, daß das durch die Aufl. geschaffene Eigenthum auch das bewegl. Zubehör gemäß § 105 I 2 einschließt. So StrA. 96 S. 281; 98 S. 13. In letzterem Falle hatte der Gläubiger des A. nach der Aufl. an B. auf dem Gute Pferde, Wagen und Schlitten gepfändet; die Klage des B. gegen den Gläubiger ist nur abgewiesen, weil die Zubehörseigenschaft nicht dargethan wurde. Ist dies Zubehör von der Auflassung ausdrücklich ausgeschlossen, so geht das Eigenth. natürlich nicht über, verbleibt dem Auflassenden auch ohne Trennung, StrA. 96 S. 281.

Ueber die Wirkung der Aufl. für den Uebergang der Gefahr vgl. Dernburg 2 S. 346; Förster (Eccius) 1 § 108₆₃; Gruchot 23 S. 916. In RG. 7 S. 241 ist jetzt übereinstimmend mit den meisten Rechtslehrern (anders Dernburg) angenommen, daß § 95 I 11 ALR. durch das Ges. von 1872 nicht berührt worden, die Uebergabe vor der Auflassung noch jetzt den Uebergang der Gefahr bestimme. In diesem Falle hatte A. an B. verkauft u. übergeben. Nachher und vor der Auflassung brannte das Wohnhaus ab, worauf B. Wiederherstellung des Gebäudes ev. Minderung des Preises forderte. Die Klage ist abgewiesen. Das RG. führt aus, daß § 95 I 11 für Immobilien durch das Ges. von 1872 umgeändert sein würde, wenn der Grund des Rechtssatzes in § 95 auf dem Eigenthumsübergang durch die Tradition beruhte, daß dies nach Suarez in Jahrb. 41 S. 16 nicht der Fall (stillschweigende Voraussetzung, daß nur zu zahlen, wenn erfüllt, — Unbilligkeit, daß der Käufer vor der Uebergabe und der Möglichkeit, für die Sicherheit zu sorgen, die Gefahr trage, — die großen Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten der röm. Theorie), daß die obligatorischen Grundlagen des Erwerbs durch die Auflassung und die damit zusammenhängenden Rechte und

Es bleibt danach nur noch zu prüfen, ob die Einrede auch thatsächlich begründet ist. Zur Ersitzung genügt der 30jährige vollständige und redliche Besitz, wenn nicht besondere Umstände eine längere Zeitdauer erforderlich machen, § 625 I 9 ALR. Der Beweis der Ersitzung des Sacheneigenthumes ist hinreichend angetreten, wenn der ruhige, ununterbrochene Besitz durch diesen Zeitraum nachzuweisen unternommen wird, wobei noch die Vermuthung des § 599 a. a. O. in Betracht kommt; die Ausstellungen gegen die Beschaffenheit und Fortdauer des begonnenen Besitzes fallen dem Gegenbeweise zu. Diesen Erfordernissen entsprechen die mitgetheilten Anführungen des Verklagten in zweiter Instanz; der zeitige Besitz des Streitstückes seitens des Verklagten ist sogar zugestanden. Der Beweis ist daher zu erheben.

Eventuell ist aber auch die Einrede, daß der Verklagte als nachbarlicher Eigenthümer und dessen Vorbesitzer wenigstens die Grundgerechtigkeit der ausschließlichen Holznutzung ersessen haben, zu berücksichtigen. Diese Ersitzung unterliegt mit der durch die Art und den Gegenstand des Besitzes gegebenen Modifikation, § 5 I 7 ALR., keinen anderen Bedingungen, als die Ersitzung des Eigenthumes des Streitstückes selbst, § 627 I 9. Nach dem Ausfalle des Beweises ist also zu beurtheilen, ob und nach welcher Richtung die Ersitzung stattgefunden hat. Dagegen fallen bei dieser eventuellen Einrede alle diejenigen Bedenken von vorneherein weg, welche oben in Ansehung der Geltendmachung der Prinzipaleinrede einer Prüfung unterzogen worden sind; der Bestand der etwa erworbenen Grundgerechtigkeit wird durch das nach neuem Rechte erworbene Bucheigenthum nicht berührt, und ihre Geltendmachung im Wege der Einrede ist der Negatorienklage gegenüber selbstverständlich.

Pflichten der Kontrahenten durch das Ges. von 1872 nicht getroffen. Andererseits folgt daraus aber nicht, daß die Gefahr der Sache nach *erfolgter Auflassung* bei dem Auflassenden bleibt, *wenn er noch nicht übergeben*; dem, der durch Auflassung Eigenthümer geworden, geht immer *seine* Sache unter; aus dem § 95 I 11, wonach der ohne Uebergabe nicht Eigenthum erlangende Käufer erst mit der Uebergabe die Gefahr überkommt, folgt nicht, daß der jetzt ohne Uebergabe Eigenthümer werdende Käufer die an sich aus dem Eigenth. folgende Last der Gefahr der Sache nicht überkommt; aus der Obligation, aus welcher nach R. R. für den Käufer, ohne Uebergabe u. Eigenth. erlangt zu haben, die Uebernahme der Gefahr folgte, ergiebt sich nach ALR. nichts dafür, daß sie bei dem Verkäufer bleibt, der nicht mehr Eigenthümer. Nur aus der Obligation würde sie herzuleiten sein und kann sie auch jetzt noch konkret hergeleitet werden, z. B. wenn sie stipulirt oder die gegen die Obligation nicht geleistete Uebergabe die Gefahr herbeigeführt hat, § 104 I 11.

Darüber, daß die Uebergabe auch sonst noch entscheidendes Moment geblieben ist, §§ 329, 330 I 5, vgl. Förster (Eccius) 1 § 85_{15}.

Alle Wirkungen der Aufl. u. Eintr. für den Eigenthumserwerb kommen übrigens, wie nicht bedenklich, auch der Eintragung des Eigenthümers ohne Aufl. zu, wenn sie nach § 5 Abs. 1 da erfolgt, wo es der Aufl. nicht bedarf (RG. 2 S. 228 nebenbei).

Ist die Aufl. unterblieben, obwohl auf Grund eines Eigenthumserwerbstitels das Eigenth. hat übertragen werden sollen und übergeben ist, so ist an dem Eigenth. nichts geändert; dasselbe kann von dem eingetr. Eigenthümer gemäß § 7 Abs. 2 ohne Rücksicht auf die obligator. Beziehungen geltend gemacht werden; dem bekl. Besitzer steht nur Klage oder Widerklage auf Eigenthumsübertr. zu. Daß dies nur für den auf Grund des Ges. von 1872 Eingetragenen gelten soll, und daß die oblig. Beziehungen für die Verpflichtung des Bekl. *aus dem Besitz* nicht unbeachtet bleiben dürfen, darüber s. unt. Nr. 192 a. E. Sie bestehen natürlich nur unter den Kontrahenten, nicht einem Dritten gegenüber, der seinerseits durch Aufl. Eigenth. erlangt hat. Vgl. RG. 2 S. 308 unt. Nr. 193a.

Nr. 193a. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 4, 5, 7, 9, 10, 11. Eigenthumserwerb an Immobilien. Auflassung u. Eintragung. Wirkung. Umfang u. Aufhebung der Wirkung. Anfechtung. Das Recht zur Sache. (Konkurs. Subhastation. Litigiosität.)*)

a. Erk. v. 10. Jan. 1876; ObTr. 76 S. 253 (StrA. 94 S. 347).

b. Erk. v. 12. Juni 1876; ObTr. 78 S. 86 (StrA. 96 S. 154).

Im Falle a. hatte A. im November 1872 von seinem Grundstück Nr. 24 an B. zwei Parzellen verkauft, übergeben, den Kaufpreis bezahlt erhalten, demnächst aber an C. das ganze Grundstück aufgelassen. B. klagte darauf gegen C. auf Auflassung der beiden Parzellen mit der Behauptung, dass dem C. der Verkauf der Parzellen an ihn bekannt gewesen, die Auflassung zwar des ganzen Grundstücks an C. erfolgt, vorher ihm aber unter Mittheilung des Verkaufs der beiden Parzellen diese selbst an Ort u. Stelle vorgezeigt. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. — Darauf klagte im Falle b. derselbe C. gegen B., der im Besitz der Parzellen, auf Herausgabe auf Grund seiner Eintragung als Eigenthümer des ganzen Grundstücks. B. berief sich wieder darauf und es wurde festgestellt, dass A. dem C. die Parzellen vor der Aufl. als an B. verkauft vorgezeigt und dass die Aufl. nur unter Ausschluss dieser Parzellen habe erfolgen sollen, C. auch nur ohne diese Parzellen habe erwerben wollen. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage abgewiesen.

Gründe: a. Nach §§ 9, 10 des Ges. v. 5. Mai 1872 kann im Allgemeinen nicht nur derjenige, welcher die Auflassung erklärt hat, sondern auch ein Anderer die auf Grund der Auflassung erfolgte Eintragung und deren Folgen anfechten, sobald er nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, d. h. der sonst

---

*) Vgl. Dernburg 1 §§ 185, 201, 202, 203; Förster (Eccius) 3 § 178 II_{57}, § 180_{75}, § 169_{25} ff.; Dernburg u. Hinrichs §§ 27—30. — Nach §§ 7, 9 des Ges. giebt der Erwerb von dem eingetragenen Eigenthümer im Sinne des Ges. (vgl. Nr. 192) dem Erwerber unanfechtbares Eigenthum, wenn er in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs und gegen Entgelt (d. h. nicht ohne Entgelt, als bloße Bereicherung, vgl. zu §§ 18 ff., 38 Abs. 2 Ges. v. 5. Mai 1872 bei I 20) erworben hat; Wissen vom Nichteigenthum des eingetr. Eigenthümers hindert nach den unberührt gebliebenen §§ 10, 24 h. t. den Eigenthumserwerb, Erk. d. Nr. 192. Nicht steht dem Erwerber nach § 4 des Ges. entgegen das Wissen von dem blos persönl. R. eines Dritten auf die Sache, mag demselben auch die nach dem Ges. zum Eigenthumserwerb nicht mehr genügende Uebergabe hinzugekommen sein; die exc. rei vend. ac trad. des Dritten aus der Person seines Auktors steht dem Erwerber nicht entgegen. Daß „Rechtsvorgänger" im § 7 nur ein solcher, für welchen der Erwerber einzutreten verpflichtet, ist ganz unbedenklich. Vgl. Erk. a. Der Dritte hat ihm gegenüber auch nicht einmal die Rechte des redl. Besitzers, da der Dritte wissen muß, daß er nicht Eigenthümer geworden, §§ 14, 18 I 7; §§ 188, 189, 204, 207, 208 das. So RG. 2 S. 308, wo A. 1874 an B. verkauft und übergeben, B. an C., Aufl. nicht erfolgt, von A. dann 1877 an D. aufgelassen war, der gegen C. vindizirte und durchdrang, ohne daß dem C. die Rechte des redl. Bes. zugesprochen. Daß dies im Verhältniß des eingetr. Eigenth. zu dem, der ohne Aufl. von ihm Besitz zum Zwecke der Eigenthumsübertr. erhalten, anders sein muß, darüber s. unt. Nr. 192 a. E. Konsequent muß dasselbe auch für bewegl. Zubehör gelten, wenn es nicht durch Titel u. Uebergabe bereits fremdes Eigenth. geworden; ist es dies geworden, kann der Erwerber des Immobils sich auf die bona fides des Grundbuchs nicht berufen, das über das bewegl. Zubehör keine Auskunft giebt. Vgl. ObTr. 11 S. 201; Nr. 132 Bd. I S. 632. (Eigenthumserwerb an stehendem Holz.) Weiter geht ObTr. 78 S. 95 (StrA. 96 S. 168). Hier hatte A. sein Gut an B. aufgelassen und B. war eingetragen, nachdem A. vorher einen Theil des stehenden Holzes an C. förmlich ver=

für seinen Anspruch maßgebenden gesetzlichen Vorschriften dazu als befugt erscheint; dann also, wenn die anzufechtende Eintragung seinem begründeten Rechte entgegensteht. Es ergiebt sich hieraus, daß, abgesehen von dem Rechte der Gläubiger des Veräußerers zur Anfechtung der Auflassung, ein Anfechtungsrecht dem zusteht, der durch die erfolgte Eintragung aus dem Eigenthume verdrängt worden, oder bei Wegfall der angefochtenen Eintragung für sich selbst die Eintragung fordern könnte, mithin dem nicht eingetragenen Eigenthümer; sowie ferner zur Anfechtung derjenige berechtigt ist, welcher behauptet, daß das der Auflassung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ungiltig sei, und dies ist der in dem angeführten § 10 hervorgehobene Fall der Anfechtung auf Grund des Rechtsgeschäftes, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist. Zu dieser Anfechtung ist nur der befugt, der an dem Rechtsgeschäfte Theil genommen hat; denn ihr Grund ist die Rückforderung der Sache, welche ohne Rechtsgrund aus dem Vermögen des Auflassenden gekommen ist und mit welcher sonst der eingetragene Eigenthümer sich unbilliger Weise bereichern würde. (Vgl. Förster, preuß. Grundbuchr. S. 185 ff.)

Von einem Eigenthumsrechte des Klägers kann hier keine Rede sein. Denn, nach seiner eigenen Angabe, hat er die beiden Trennstücke, deren Auflassung er vom Verklagten fordert, zwar von dessen Vorbesitzer erkauft und übergeben erhalten; sie sind ihm aber nicht aufgelassen worden und da zur Zeit des geschlossenen Kaufvertrages das Ges. v. 5. Mai 1872 nach dem § 72 bereits in Kraft getreten war, ist er nicht Eigenthümer geworden, weil nach dem § 1 a. a. O. im Falle einer freiwilligen Veräußerung das Eigenthum an einem Grundstücke nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche erworben wird.

Als Eigenthümer der betreffenden Trennstücke kann daher Kläger die Eintragung des Verklagten nicht anfechten und er hat seine Klage auch auf ein solches Eigenthum nicht gegründet. Die Anfechtung auf Grund des Rechtsgeschäftes, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, steht gleichfalls nicht dem Kläger zu; denn nicht er, sondern sein Verkäufer hat dieses Rechtsgeschäft mit dem Verklagten geschlossen.

---

kauft, aber nicht übergeben. Als B. gegen C. auf Anerkennung seines Eigenth. an dem Holze klagte, exzipirte C., daß B. von dem Verkauf des Holzes an ihn gewußt, und drang damit in 2. u. 3. Instanz durch. Das ObTr. deduzirt, daß das stehende Holz zwar Substanz sei, aber Kauf stehenden Holzes zum Abholzen Kauf einer beweglichen Sache sei, daß § 4 des Ges. sich nur auf Kollision zwischen dem R. aus der Aufl. und dem älteren R. auf Auflassung beziehe, nicht auf die Kollision zwischen Aufl. und dem älteren Titel auf Uebergabe, daß das Grundbuch über das stehende Holz keine Auskunft gebe, § 4 mit § 8 in Zusammenhang stehe, der Käufer des Holzes keine Möglichkeit gehabt habe, sein R. durch Vormerkung zu sichern, daß § 25 h. t. seine Geltung nur so weit verloren, als § 4 reiche, im konkreten Falle daher keine Anwendung leide. Noch mehr müßte dies gelten, wenn bewegl. Zubehör vor der Aufl. ohne Ueberg. verkauft; der Grundstücksbesitzer, der beabsichtigt, Inventar und Gut getrennt zu verkaufen, über das Inventar einen Kaufvertrag schließt, nachher seine Absicht ändert, das ganze Gut in Pausch und Bogen zu veräußern beschließt, würde daran gehindert sein, wenn sein Käufer davon weiß. Ueber die Bedenken gegen diese Rechtsauffassung des ObTr. vgl. Dernburg u. Hinrichs S. 377; Dernburg 1 § 185_6. Entgegen steht namentlich, daß das Obj. der Aufl. in solchem Falle ein anderes, als das des älteren Titels, auch daraus, daß für den Fall der Kollision zwischen Aufl. u. Titel zum Erwerb bewegl. Sachen keine Bestimmung besteht, die Anwendung der nur für die Kollision von Eigenthum von bewegl. Sachen und Titel zum Erwerb solcher im Tit. 10 gegebenen Vorschriften nicht folgt. Anders Förster (Eccius) 3 § 156_{25}. Zu anderem Resultat muß man nur gelangen, wo es sich um Titel auf den Erwerb von bewegl. Sachen handelt, die nicht Pertinenz, z. B. bei Kauf von Grundstücken in Pausch und Bogen, § 85 I 11.

Die Wirkung der Aufl. hemmen dagegen nach § 11 des Ges. eingetragene oder dem Erwerber bekannte Beschränkungen des Eigenthumsrechts des eingetr. Eigenthümers. Was unter diesen Beschränkungen zu verstehen, ist streitig, Förster (Eccius) 1 § 23_{47}. Vgl.

In der NichtBeschw. wird noch auf die Bestimmung in dem Abs. 2 § 7 Bezug genommen, allein dieselbe ist hier nicht anwendbar. Abgesehen davon, daß sie nur von dem Klagerechte desjenigen spricht, gegen welchen der eingetragene Eigenthümer seinerseits bereits geklagt hat, während die Sachdarstellung des App.-Richters eine solche Klage nicht erwähnt, liegen auch hier die Voraussetzungen jener Bestimmung nicht vor. Dieselbe hat zum Zwecke, die exceptio rei venditae et traditae, der Klage des eingetragenen Eigenthümers gegenüber, auszuschließen, und statt deren nur die Geltendmachung durch Klage oder Widerklage zuzulassen, um das Bestehen eines Eigenthumes neben dem im Grundbuche eingetragenen zu verhüten. (Vgl. Werner, Mater. 2 S. 18; Bahlmann, Anm. 48a zu § 7 S. 41 ff.; Achilles, Anm. 14 Abs. 2 zu § 7 S. 44 ff.; Förster, preuß. Grundbuchr. S. 183 ff.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde nimmt offenbar an, daß, weil das zwar nicht als Einrede, aber doch als Klage geltend zu machende Recht als ein solches bezeichnet wird, das sich auf den Besitz stützt, der von dem eingetragenen Eigenthümer oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes eingeräumt worden, ihm dieses Recht deshalb zustehe, weil er vom Rechtsvorgänger des Verklagten den Besitz auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes erhalten habe. Allerdings konnte nach gem. R. die exceptio rei venditae et traditae auch gegen die Rechtsnachfolger dessen, der den Besitz übertragen hatte, und zwar nicht nur gegen die Gesammtnachfolger, sondern auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden (l. 3 § 1; l. 2 D. 21 3; l. 32 D. 44, 4; l. 72 D. 6, 1). Windscheid 1 § $197_{5,\,6}$.

Für das preuß. Recht kann jedoch das Gleiche nicht angenommen werden. Denn nach § 8 I 15 ALR. können sogar Erben ihre eigenen, von dem Erblasser veräußerten Sachen zurückfordern und müssen nur nach den Kräften der Erbschaftsmasse ebenso gerecht werden, als der Erblasser dazu, wenn die Vindikation noch bei seiner Lebenszeit erfolgt wäre, verpflichtet gewesen sein würde; während sie nach dem § 10 a. a. O. nur, wenn sie Erben ohne Vorbehalt geworden, auch ihre eigenen, von dem Erblasser veräußerten Sachen nicht vindiziren können; und gleiche Vorschriften enthalten die §§ 140—142 I 11 in Bezug auf die Geltendmachung des Eigenthumes des Erben auf die von seinem Erblasser verkaufte Sache. Nach preuß.

---

§§ 11, 12 EigenthGes.; § 73 GBO. bei I 19, 20. Jedenfalls fallen darunter, — im Gegensatz zu den dingl. Rechten Dritter auf die Sache, § 12 des Ges., — die Beschränkungen des Verfügungsrechts über das Eigenth., die aus der Qualität des Eigenthums des eingetr. Eigenthümers folgen (Lehn, Fideikommiß, Substitution). Ein Beispiel giebt ObTr. 74 S. 248, wo der Ehem. sein Grundstück der Ehefrau mit der Verpflichtung, es dem Sohne bei Großjährigkeit für einen bestimmten niedrigen Preis herauszugeben, überlassen hatte, was übrigens eingetragen war, vgl. auch Nr. 52 Bd. I S. 196, ferner das Wiederkaufsrecht, Ges. f. Neuvorpommern und Rügen v. 21. März 1868 §§ 11, 24, 141—155; v. 26. Mai 1873 §§ 1, 51, — u. RG. 7 S. 249. In diesem Falle hatte A. testamentarisch seine Kinder zu Erben eingesetzt, seiner Ehefrau Nießbrauch und unbeschränkte Verfügung über den Nachlaß bis zu ihrem Tode bestimmt, die Kinder waren aber als Eigenthümer des Nachlaßgrundstücks eingetragen. Als eins derselben seinen Antheil an B. aufließ, klagte die Ehefrau gegen B. auf Auflassung an den von ihr bezeichneten Erwerber, an den sie auf Grund ihres Verfügungsrechts veräußert, und Löschung einer von B. für sich selbst eingetragenen Grundschuld. Die Klage ist für den Fall, daß die behauptete Wissenschaft des B. von dem testamentarischen Rechte der A. festgestellt, durchgedrungen, obwohl geltend gemacht wurde, daß keine Beschränkung des Eigenthumsrechts, sondern eine Beschränkung des Verfügungsrechts des Eigenthümers im Sinne § 73 GBO. vorliege. Das RG. führte aus, daß die Beschränkungen des Verfügungsrechts aus der Beschränkung des Eigenthumsrechts Beschränkungen im Sinne § 11 (auch im § 73 nichts Anderes gemeint sei), während Beschränkungen aus der Person des Eigenthümers, mangelnde Handlungsfähigkeit (Minderj., Geisteskranke, Verschwender) nicht unter § 11 fallen, weil das Grundbuch über Rechts- und Handlungsfähigkeit Auskunft zu geben überhaupt nicht bestimmt. In Bezug auf solche Beschränkungen kann allerdings von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, welche dem gutgläubigen Erwerber nicht schaden, dem bösgläubigen schaden soll, nicht die Rede sein, §§ 9, 11, 12, 15, 38, 49 EigenthGes.

Rechte kann mithin der Eigenthumsklage nicht mit Erfolg die Einrede entgegengesetzt werden, die in Anspruch genommene Sache sei dem Verklagten vom Vorbesitzer verkauft und übergeben, wenn nicht der Rechtsnachfolger verpflichtet ist, alle in dieser Beziehung vorgenommenen Handlungen des Vorbesitzers anzuerkennen. Kläger kann daher sowenig wie er gegen die Eigenthumsklage des Verklagten eine Einrede aus dem von dessen Vorbesitzer auf Grund des mit demselben abgeschlossenen Rechtsgeschäftes erhaltenen Besitze würde herleiten können, ebensowenig darauf eine Eigenthumsklage gründen, da Verklagter die Handlungen des früheren Verkäufers nicht zu vertreten hat.

Wenn endlich geltend gemacht wird, daß, wenn die Auflassung auf Irrthum und nicht auf übereinstimmender Willenserklärung beruhe, sie rechtlich wirkungslos sei und Kläger deshalb die Rechte aus dem mit dem früher eingetragenen Eigenthümer geschlossenen Vertrage gegen den Verklagten unmittelbar geltend machen könne; so ist auch dies nicht richtig.

Nach § 2 a. a. O. kann als richtig anerkannt werden, daß die Auflassung auf übereinstimmender Willenserklärung beruhe, und daß sie daher, wie nach dem § 75 I 4 ALR. jede Willenserklärung, durch Irrthum im Wesentlichen des Geschäftes, oder im Hauptgegenstande der Willenserklärung ungiltig werde. Allein auch ein wesentlicher Irrthum macht die Willenserklärung nicht von selbst wirkungslos, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, wie sich namentlich auch aus den §§ 186—188 I 5 ALR. ergiebt, wonach durch späteres uneingeschränktes Anerkenntniß eines seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrages diejenigen Einwendungen mit rückwirkender Kraft gehoben werden, welche sich auf den Mangel einer freien und ernstlichen Einwilligung beziehen.

Es begründet also auch der Irrthum nur Einwendungen gegen die Giltigkeit der Willenserklärung, macht sie mithin nur anfechtbar, nicht nichtig. Zur Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrthumes ist daher nur der Irrende selbst berechtigt, und so lange eine Anfechtung seinerseits nicht erfolgt ist, besteht die Willenserklärung. Es folgt daraus, daß Kläger, der die Auflassung nicht mit erklärt hat, nicht berechtigt ist, dieselbe wegen eines dabei etwa vorgefallenen Irrthumes anzufechten. Selbst wenn aber ein solcher Irrthum die Auflassung nichtig machte, würde darum dennoch Kläger

---

Auch der gutgläubige kann von dem eingetragenen Eigenthümer, der nicht rechtsfähig oder handlungsfähig, wirksam auch durch Aufl. nicht erwerben. Der Fall liegt ganz so, wie die in dem Erk. b. erwähnten Fälle, wo ein anderer als der eingetr. Eigenthümer fälschlich unter dessen Namen aufgelassen oder der eingetragene Erbe nicht der wahre Erbe. Dasselbe muß z. B. gelten, wo der Bevollmächtigte des eingetr. Eigenthümers nach dessen Tode aufgelassen hat, §§ 186 ff. I 13. Auch der Fall, wo der Bevollmächtigte aufgelassen hat, obwohl er dazu nicht mehr befugt, weil der Machtgeber ihn von den eigenen Verhandlungen benachrichtigt, wird hierher zu rechnen sein, I 13 §§ 85 ff., 88. Vgl. unt. Nr. 191. Der gute Glaube des Grundb. allein entscheidet nicht. Dahin gehört auch der in RG. 1 S. 127 behandelte Fall, wo nach Auflösung der GG. durch Tod der Gläubiger des Ehemanns wegen einer nach Auflösung der GG. kontrahirten Schuld ex judic. eine Hypothek auf dem g. g. Grundstück hatte eintragen lassen. Vgl. zu I 20 §§ 18, 19 EigenthGes. v. 5. Mai 1872. In allen diesen Fällen kann weder Aufl. noch Eintr. zwischen den Kontrahenten Eigenthum schaffen. Dasselbe gilt nach der Natur der Auflassungserklärung als Willenserkl. auch da, wo die Auflassung nur simulirt ist. So ObTr. 75 S. 22 (StrA. 94 S. 33), welches in dem Erk. b. angezogen. A. hatte an B. 1873 aufgelassen und klagte demnächst auf Aufhebung des Vertr. u. Ungültigkeitserkl. der Auflassung, weil diese nur simulirt. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen, weil die Simulation festgestellt, § 52 I 4. Vgl. Nr. 58 Bd. I S. 223, 224. Es kann nicht behauptet werden, daß die Aufl. ein Akt so formaler Natur, daß er Eigenth. überträgt, auch wenn es nicht übertragen werden soll. Auch darüber kann kein Zweifel sein, daß in solchem Falle der aus der Aufl. u. Eintr. gegen den besitzenden wahren Eigenthümer Klagende sich nicht auf § 7 Abs. 2 des Ges. berufen kann, der, wie im Erk. b. dargelegt, nur die Einr. der Verj. und die exc. rei vend. ac trad. ausschließt. Aus demselben Grunde kann der Kontrahent auch unbedenklich dem klagenden eingetr. Eigenthümer den Einwand entgegensetzen, daß ein bestimmtes Objekt, ein Theil z. B. des aufgel. Grundstücks, das er

nicht berechtigt sein, die auf Grund derselben geschehene Eintragung anzufechten, weil er nicht Eigenthümer der von ihm beanspruchten Trennstücke geworden ist, mithin keine Befugniß hat, das Eigenthum des Verklagten zu beseitigen.

Gründe: b. Die nach den §§ 9, 10 Ges. v. 5. Mai 1872 gestattete Anfechtung der Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen muß nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes gerechtfertigt werden. Sollte die Ausführung des App.-Richters dahin zu verstehen sein, daß diese Rechtfertigung in einem der Auflassung des ganzen Grundstückes zu Grunde liegenden Irrthume des Erklärenden zu finden sei, so würden die von der Nichtigkeitsbeschwerde erhobenen Angriffe begründet sein. Denn, wenn auch nach den §§ 75—78 I 4 ALR. Irrthum im Wesentlichen des Geschäftes, oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung, oder in der Person des Berechtigten, falls ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt wäre, oder endlich Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache die Willenserklärung vereitelt, so wird doch die Willenserklärung durch dergleichen Irrthümer nicht von selbst wirkungslos, wie sich daraus ergiebt, daß nach den §§ 186—188 I 5 ALR. durch späteres uneingeschränktes Anerkenntniß eines seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrages diejenigen Einwendungen, welche sich auf den Mangel der freien und ernstlichen Einwilligung beziehen, mit rückwirkender Kraft gehoben werden können. Die Willenserklärung besteht daher trotz des Irrthumes so lange, als sie der Irrende bestehen lassen will, woraus folgt, daß nur dieser zur Anfechtung derselben berechtigt ist. Auf Grund dieser Erwägungen ist auch in dem früheren Prozesse derselben Parteien um dieselben Grundstücke dem dort als Kläger aufgetretenen jetzigen Verklagten das Anfechtungsrecht abgesprochen worden.*)

Die Gründe der App.-Entscheidung ergeben indessen, daß dieselbe nicht, oder doch nicht lediglich auf der Annahme eines der Auflassungserklärung zu Grunde liegenden Irrthumes, vielmehr wesentlich darauf beruht, daß in Bezug auf das Streitstück der Auflassungswille auf der einen, der Erwerbswille auf der andern Seite überhaupt nicht vorhanden gewesen sei.

*) Erk. a.

---

besitzt, nach dem Vertragswillen nicht hat aufgelassen werden sollen, daß irrthüml. Aufl. vorliegt. (Achilles S. 43 Anm. 11 zu § 7; Bahlmann S. 42 Anm. 48b.)

Anders gestaltet sich die Sache Dritten gegenüber, die redlich und gegen Entgelt von dem so eingetragenen Eigenthümer erworben haben; ihnen kommt die Fiktion, daß der eingetragene Zustand des Grundbuchs der wahre, unbeschränkt zu statten.

In allen diesen Fällen handelt es sich bei Geltendmachung der Umstände, welche die Wirkung der Aufl. hemmen, um die in den §§ 9, 10 des Ges. erwähnte, in den Erk. a., b. behandelte Anfechtung der Eigenthumseintragung. Dieselbe hat die Natur der Eigenthumsklage, wo trotz der formalen Aufl. u. Eintr. in Wirklichkeit kein Eigenth. übertragen ist, wie bei simulirter Aufl., Aufl. durch den falschen, nicht eingetr. Eigenthümer Namens des eingetr. Eigenthümers, Aufl. durch einen sonst nicht Berechtigten, Eintr. auf den falschen Erben, § 9 des Ges. Wo die formale Aufl. u. Eintr. Eigenth. übertragen hat, und das übertragene Eigenth. nur rückgängig gemacht werden soll, hat die Klage die Natur der Kondiktion. Ganz unbedenklich ist der Satz des Erk. a., daß die Anfechtung aus § 10 nur den Kontrahenten, nicht Dritten zusteht. Vgl. Nr. 61 Bd. I S. 240, 241. Ebenso StrA. 96 S. 84. In diesem Falle hatte A. 1873 an B. das Grundstück Nr. 325 aufgelassen, B. gegen C. negatorisch geklagt, weil er auf dem Grundstück Holz fällte. C. exzipirte 1) daß die Aufl. an B. irrthümlich erfolgt, daß Nr. 324 habe aufgelassen werden sollen, weil A. Nr. 325 nie besessen, nur 324, 2) daß er das Eigenth. von Nr. 325 ev. doch das Recht, Holz zu fällen, als Grundgerechtigkeit ersessen. Der 2. Richter wies ab, lediglich weil er den Einwand 1) als festgestellt ansah. Dies hat das ObTr. reprobirt, weil die irrthüml. Aufl. nur A. zu rügen berechtigt, §§ 75, 78 I 4, §§ 349, 358, 186 I 5, aus dem Besitz des C., dessen Handlungen zunächst als rechtswidrig gelten müßten, kein Recht zur Anfechtung für C. erwachse. In der Sache selbst hat das ObTr. dann aber den Einwand der Ersitzung, sowohl des Eigenth. wie, was ganz zweifellos war, der Servitut zugelassen, den des Eigenth. unter Bezug auf

Denn der App.-Richter stellt nicht blos fest, daß der vom ersten Richter vermißte Irrthum bei der protokollirten Fassung der Auflassung sich aus der in der Klagebeantwortung aufgestellten, durch die Beweisaufnahme bestätigten Behauptung ganz von selbst ergebe, sondern auch, daß der Kläger nach seinen eigenen Erklärungen vor und nach der in Rede stehenden Auflassung das Grundstück nur mit Ausschluß der bereits an den Verklagten verkauften und übergebenen Parzellen habe erwerben wollen, und die Aussage eines Zeugen darauf hindeute, daß der Kläger erst durch die Mittheilungen eines Rechtsanwaltes über die Lage des Grundbuches zu dem Versuche verleitet sei, die dem wahren und ernsten Willen der Erklärenden nicht entsprechende Auflassung in offenbar unredlicher Weise auszubeuten. Weil aber die Auflassung trotz ihrer formalen Natur, ihrem Wesen nach ein aus gegenseitigen Willenserklärungen bestehendes Rechtsgeschäft sei, welches nur dann rechtliche Wirkungen hervorbringe, wenn und insoweit es auch ernstlich gemeint sei, insbesondere Niemand dadurch Rechte erwerben könne, die er gar nicht erwerben wolle, auch wenn die gebrauchten Worte einen Schein dieses Willens erzeugen, hat der App.-Richter den Kläger abgewiesen, indem er annimmt, daß zur Anfechtung eines solchen Rechtsgeschäftes nicht allein die Erklärenden selbst befugt seien, sondern auch jeder Andere, gegen welchen auf Grund desselben ein Eingriff in seine Rechtssphäre versucht wird.

Gegen diese Ausführung sind die Vorwürfe der Nichtigkeitsbeschwerde nicht mit Recht erhoben. Nach dem § 1 Ges. v. 5. Mai 1872 wird im Falle einer freiwilligen Veräußerung das Eigenthum an einem Grundstücke nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche erworben, und nach dem § 2 erfolgt die Auflassung eines Grundstückes durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamte abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er diese Eintragung beantrage. Es handelt sich also hierbei um Aeußerungen über das, was nach der Absicht der Erklärenden geschehen soll, mithin, gemäß § 1 I 4 ALR., um gegenseitige Willenserklärungen, und zwar solche, aus denen Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen. Dergleichen Willenserklärungen aber müssen nach dem § 52 I 4 ALR. ernstlich sein, und wenn auch nach den folgenden §§ 53—55 die Richtigkeit des Vorgebens, daß

---

das Erk. c. Nr. 192, weil A. vor dem 1. Okt. 1872 als Eigenthümer eingetragen war, u. unter Betonung, daß auch gegen die neg. der Einwand des eigenen Eigenthums zulässig, und daß § 7 Abs. 2 die Geltendmachung der Ersitzung im Wege der Einrede nicht ausschließe.

Mit dem Erk. a. harmonirt das auf demselben Thatbestande beruhende Erk. b. nicht ganz. Wenn die Klage des C. trotz der früheren Abweisung der Klage des B. gegen ihn, weil B. die Aufl. nicht anzufechten berechtigt, auch abgewiesen, so ist dies nur dadurch zu rechtfertigen, daß das ObTr. Simulation annimmt; diese Annahme ist aber nur Nothbehelf, da Simulation offenbar nicht vorlag, nur Dissens zwischen Wille u. Erklärung, welchen B. gewiß nicht geltend machen konnte. Dem B. wäre daher nur mit Hülfe des A. zu helfen gewesen, dem zweifellos die Klage auf Auflassung durch C. an B. zu verstatten gewesen wäre. In RG. 2 S. 228 wendet sich auch das RG. gegen diese Entscheidung, indem es ausführte, daß die Anfechtung nur als vindic. oder condict. denkbar, der bloße Besitzer dem Bucheigenthümer aber weder Eigenth. noch persönl. R. entgegensetzen könne. Der entschiedene Fall lag übrigens wesentlich anders. A. hatte 1876 sein Haus Nr. 84 an B. verkauft, das dazu gehörige Landstück sollte nicht mit verkauft sein. Gleichwohl erfolgte die Aufl. der Nr. 84 ohne Ausschluß des Landes. Erst 1878 verkaufte A. an B. dann auch das Landstück. Vorher hatte er dasselbe aber 1877 bereits an C. verkauft und übergeben. Als B. gegen C. vindizirte, exzipirte dieser diesen Sachverhalt und verlangte widerklagend die Löschung der Eintr. des Klägers als Eigenthümers des Landes und seine eigene Eintragung. Das RG. hat auf die Klage verurtheilt, die Widerklage abgewiesen, weil C. nicht Eigenthümer des Landes geworden, sein persönl. R. den B. nicht angehe, § 4 des Ges., die irrthümlich erfolgte Aufl. u. Eintr. von C. nicht gerügt werden könne. Von letzterem konnte nicht die Rede sein, weil durch den nachträglichen Verkauf der Irrthum jedenfalls geheilt war. Vgl. übrigens Förster (Eccius) 3 § 178_{57}. Etwas anders lag wieder ObTr. 76 S. 81 (StrA. 94 S. 188). In diesem Falle war das Hausgrundstück Nr. 69 in der langen Gasse, welches nach dem Auszug der Gebäudesteuerrolle unter

eine Erklärung nur zum Scheine geschehen, aus den Umständen klar erhellen muß, so ist dies doch hier vom App.=Richter auf Grund des aufgenommenen Beweises thatsächlich festgestellt. Eine nicht ernstliche Willensäußerung aber bringt nach den §§ 2—4 a. a. O. ebensowenig rechtliche Wirkung hervor, als eine Willenserklärung, bei der der Erklärende über den Gegenstand nach dem Inhalte seiner Erklärung zu verfügen nicht berechtigt ist, oder das Vermögen nicht besitzt, mit Vernunft und Ueberlegung zu handeln. Diese Rechtsunwirksamkeit geltend zu machen, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ein jeder befugt, gegen welchen auf Grund der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung ein Anspruch erhoben wird. In dieser Lage befindet sich der Verklagte, welcher den Besitz des Streitstückes räumen soll, daher berechtigt ist, diesen seinen Besitz durch den Nachweis zu vertheidigen: das angebliche Recht des Klägers beruhe auf einem nur scheinbaren und deshalb unwirksamen Rechtsgeschäfte. Die Befugniß zur Anfechtung eines Scheingeschäftes ist in jenem Umfange bereits vom ObTr. in den Urteln ObTr. 10 S. 359 u. 54 S. 5 anerkannt.*)

Was die besondere Befugniß zur Anfechtung einer Eintragung im Grundbuche anlangt, so heben die Mot. des Entw. zu dem Ges. v. 5. Mai 1872 ausdrücklich hervor, daß, trotz der erhaltenen Eintragung, derjenige nicht Eigenthümer werde, der seine Auflassung von einer Person erhalten habe, die dem Buchamte fälschlich als der eingetragene und deshalb zur Veräußerung berechtigte Eigenthümer vorgestellt sei, auch der Erbe nicht, wenn die Erbbescheinigung eine falsche oder gefälschte gewesen, oder wenn das Testament hinterher aus irgend einem Grunde für ungültig habe erklärt werden müssen, und daß die falsche Eintragung angefochten werden könne. (Werner 2 S. 18.) Die auf Grund einer nicht ernstlichen Auflassung erfolgte Eintragung steht aber der auf Fälschung beruhenden rücksichtlich ihrer Wirkungslosigkeit gleich, und diese durch Anfechtung geltend zu machen, muß

---

*) Nr. 58 Bd. I S. 223.

Nr. 69 des Hyp.=B. eingetragen und aus dem Wohnhaus in der langen Gasse u. Hofraum bestand, zur Subhastation gestellt und so zugeschlagen. Auf der Nr. 69 des Hyp.=B. stand außerdem noch ein Hinterhaus an der Fleischerstraße eingetragen, welches nicht der Subhastat, sondern A. besaß. Nachdem der Ersteher als Eigenthümer eingetragen, klagte er gegen A. auf Räumung, die Klage ist aber auf den Einwand des A., daß nur das Vorderhaus an der langen Gasse zur Subhast. gestellt und zugeschlagen, was als zweifellos festgestellt wurde, abgewiesen. Das ObTr. führt auch hier aus, daß die Einrede trotz § 7 Abs. 2, der nur die exc. rei v. ac trad. treffe, zulässig, und begründet, da der Ersteher trotz der Eintr. als Eigenthümer nur das Vorderhaus habe erstehen sollen und erstanden und zugeschlagen erhalten habe, während das im Besitz des A. befindliche Hinterhaus gar nicht zur Subh. gestellt. Der Fall ist insofern verschieden von den vorigen, als der Eigenthumserwerb des Erstehers hier auf dem Zuschlag, nicht auf der Eintr. beruht, die Eintr. allein nicht entscheiden konnte, das Obj. des Eigenthumserwerbes bei der Subh. durch den Zuschlag und das Subhastationspatent in Verbindung mit dem Grundbuch, nicht durch das Grundbuch allein bestimmt wird. Vgl. zu I 11 §§ 340 ff.

Anderer Natur, als die Anfecht. dieser Art, ist die Anfechtung durch die Gläubiger des Auflassenden in oder außerhalb des Konkurses wegen Fraudulosität. Dagegen kommt in Frage, ob Auflassung nach Eröffnung des Konkurses auch gegen den gutgläubigen Erwerber nach § 6 der KonkO. als nichtig angefochten werden kann, oder ob der Erwerber durch seinen guten Glauben und den Glauben des Grundbuchs gesichert ist. In dem ähnlichen Falle der Subhastation hat das ObTr. 80 S. 152 (StrA. 99 S. 178) bei Erörterung der Frage, ob sich die priorität. Rechte der Subhastationsinteressenten nach dem Tage der Einleitung der Subh. oder der Eintr. des Subh.=Vermerks im Grundbuch bestimmen, SubhO. v. 15. März 1869 §§ 8—10, 60, ob also der nach Einleitung der Subh. wegen einer nicht eingetragenen Judikatforderung, aber vor Eintr. des Subh.=Vermerks eingetragene Hypothekar dem Extrahenten vorgehe, für den Extrahenten entschieden, weil § 11 des Ges. v.

namentlich derjenige berechtigt sein, welcher auf Grund der unrichtigen Eintragung aus seinem Besitze verdrängt werden soll.

Mit Recht führt der App.-Richter aus, daß diese Anfechtung auch im Wege des Einwandes geltend gemacht werden kann und die Bestimmung im § 7 des Ges. v. 5. Mai 1872 nicht entgegensteht. Denn dieselbe schließt nur zwei Einreden gegen die Eigenthumsklage des eingetragenen Eigenthümers aus: die der Klageverjährung, und die, daß der Verklagte den Besitz des Grundstückes auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger erhalten habe, die exceptio rei venditae et traditae. Bei dem im § 9 a. a. O. gegebenen Anfechtungsrechte ist der allgemeine Grundsatz, daß jedes Recht, welches durch Klage verfolgt werden kann, auch als Einrede den Schutz des Richters finden muß, unbeeinträchtigt geblieben. Wenn auch im letzten Absatze des § nur vom Anfechtungskläger gesprochen wird, so kann aus dieser, von der weitreichendsten Befugniß des Berechtigten hergenommenen Bezeichnung, der Ausschluß der im Allgemeinen in jedem Klagerechte enthaltenen Befugniß, dasselbe einwandsweise geltend zu machen, nicht gefolgert werden, wie bereits in dem Urth. ObTr. 76 S. 81 (StrA. 94 S. 188) angenommen ist.

Wenn endlich nach dem § 4 a. a. O. die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstückes von einem älteren Rechtsgeschäfte, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstückes begründet, dem Eigenthumserwerbe nicht entgegensteht, so hat der App.-Richter diese Vorschrift gleichfalls nicht verletzt, da er den Kläger nicht wegen seiner Kenntniß von dem vorher seitens des Verklagten über die streitigen Parzellen geschlossenen Kaufvertrage, sondern deshalb abweist, weil er überhaupt den Erwerb dieser vom Verklagten besessenen Parzellen nicht gewollt hat.

---

5. Mai 1872 sich nur auf Beschränkung aus der Qualität des Eigenthums beziehe, auf die durch die Einl. der Subh. bewirkte relative Dispositionsbeschr. des Eigenthümers nicht passe, darüber das EigenthGes. nichts bestimme, nur die SubhO. entscheide, danach die Einleitung der Subh. maßgebend sei. (Vgl. Achilles S. 52 Anm. 21 u. 51 zu § 11; Förster, Grundbuchr. S. 50 Anm. 11; Turnau S. 89.) Diese Frage ist jetzt durch die §§ 16, 17, 18, 29, 30 des SubhGes. v. 13. Juli 1883 entschieden. Die Einleitung der Subh. hemmt danach die Wirkung der Aufl. nur gegen den schlechtgläubigen Erwerber. Für die Wirkung des Konkurses entscheidet das Reichsrecht. Nach §§ 5, 12 der KonkO. muß angenommen werden, daß die Aufl. auch für den gutgläubigen Erwerber gegen die Konkursgläubiger keinen Effekt hat. Der § 106 sagt nichts dagegen; auch aus §§ 5, 150 der Preuß. KonkO. u. § 15 des AusfGes. ist nichts dagegen zu folgern. Daß für bewegl. Sachen die Wissenschaft von der Konkurseröffnung nicht entscheidet, daß der offene Arrest und dessen Bekanntmachung für die Wirkung der Konkurseröffnung nichts besagen will, ist nicht zu bestreiten. Das Gesetz scheidet zwischen bewegl. u. unbewegl. Sache nicht; daß die Eintr. des Konkurses als Bekanntmachung des offenen Arrestes für Grundstücke eine andere Bedeutung hat, als für bewegl. Sachen, ist aus § 150 der Pr. KonkO. nicht zu folgern. Fällt die Beschränkung des Gemeinschuldners durch §§ 5, 6 der KonkO. nicht unter § 11 des EigenthGes., so ist der Effekt der Aufl. durch den nicht dispositionsfähigen Gemeinschuldner nach den obigen allgem. Grundsätzen zu beurtheilen, die Aufl. also den Gläubigern gegenüber nichtig, was zur Folge hat, daß der Erwerber sich die Verwaltung und den Verkauf zu Gunsten der Konkursgläubiger gefallen lassen muß. Anders Förster (Eccius) 3 § 169_{27}.

Litigiosität (vgl. unt. Nr. 181 Bd. I S. 1035, 1036), § 9 I 24 AGO., CPO. §§ 236, 238 schließt die Wirkung der Aufl. u. Eintr. nicht aus. Schon in ObTr. 35 S. 40 war für das frühere R. angenommen, daß nach der Natur der Sache und den §§ 7—11 h. t. der Erwerber, der von dem Prozeß keine Kenntniß gehabt, durch den guten Glauben des Hyp.-B. gedeckt werde. An sich wurde § 9 I 24 AGO. auf Immobilien für anwendbar erachtet, ObTr. 13 S. 149; 30 S. 204, wenn auch der redl. Erwerber nur nach § 15 I 15 ALR. herauszugeben hatte. Dies galt aber und gilt jetzt nur noch, wo kein Grundbuch besteht oder der Eigenthümer nicht eingetragen. Nur das Wissen der Litigiosität schadet jetzt nach §§ 11, 9 Abs. 2 des EigenthGes.

Nr. 193b. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 9 Abs. 3, § 70; GBO. § 88. Eigenthumserwerb durch Auflassung und Eintragung. Die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Aufl. und Eintragung. (Konkurs. Subhastation.)*)

Erk. v. 5. Juli 1878; StrA. 100 S. 107.

A. hatte sein Grundstück an B. verkauft und übergeben, das Kaufgeld war noch nicht bezahlt, die Auflassung nicht erfolgt, für B. aber eine Vormerkung zur Erhaltung seines Rechts auf Auflassung eingetragen. Als über das Vermögen des A. sodann der Konkurs eröffnet und von dem Verwalter die Subh. des Grundstücks betrieben wurde, klagte B. auf Aufhebung der Subhastation. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: Die Nicht.Beschw. rügt Verletzung der §§ 1, 8 Ges. v. 5. Mai 1872, der §§ 88, 89 GBO. und der §§ 1, 16, 268 der KO. v. 8. Mai 1855, weil die eingetragene Vormerkung die Wirkung habe, das Recht des Klägers auf Auflassung und Eintragung des Eigenthumsüberganges zu sichern, und so lange diese Vormerkung nicht gelöscht sei, weder der Verkäufer, noch dessen Gläubigerschaft das Recht habe, die hier in Rede stehende Besitzung unter Ignorirung des Vermerks zu ver-

---

*) Vgl. Dernburg 1 §§ 185, 204; Förster (Eccius) 1 § 48 Nr. 7; 3 § 184_{66}; Dernburg u. Hinrichs I §§ 27—29; AusfGes. z. CPO. § 18, 19. — Die Natur und die Bedeutung der Vormerkungen in §§ 8, 9 Abs. 3 des Ges. steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem, was unt. Nr. 193a. über die Hemmung der Wirkung der Aufl. u. Eintr. des Eigenthümers gegen Dritte bemerkt ist. Sie soll dazu dienen, die juristischen Thatsachen, welche zwar unter den Kontrahenten die Wirkung der Aufl. hemmen oder rückgängig machen, nicht aber gegen Dritte, durch die Eintr. auch gegen Dritte wirksam zu machen. Sie muß so wirken, weil sie ohne dies keine Bedeutung hätte, d. h. also das Eigenth., welches trotz der Aufl. bestehen geblieben, aber bei weiterer Aufl. verloren gehen würde, die Anfechtung, die Beschränkungen des Eigenthumsrechts, die Litigiosität, das persönl. R. auf Aufl. aus der Obligation wird gegen Dritte wirksam gemacht. Für letzteres steht § 4 des Ges. nicht entgegen, weil die eingetr. Vormerkung eben mehr bedeutet, als das bloße Wissen. Einen solchen Fall behandelt nach altem R. ObTr. 55 S. 215. A. hatte an B. verkauft und übergeben, den B. aber auf Rückgabe belangt, weil der Vertrag nur zum Schein geschlossen. Auf seine Klage war eine prot. d. non ampl. disp. eingetragen, die Klage in 1. Instanz abgewiesen, in 2. Instanz durchgedrungen. Vor der Entscheidung war eine Parzelle von C. in der Subh. erstanden, aber mit Uebernahme der Protestation. Als A. gegen ihn auf Herausgabe klagte, drang er durch, weil, wenn auch A. nur ein persönl. R. gehabt haben sollte und § 9 I 24 AGO. deshalb unanwendbar (Nr. 181 Bd. I S. 1035), nach § 25 I 10, §§ 4—6 I 19 ALR. sein persönl. R. doch durch die Eintr. der prot. ein dingliches geworden. Vgl. § 461 I 18; § 630 I 20; §§ 5, 539 I 21; §§ 311, 264, 265 I 11 ALR. Eben darauf beruht das unt. Nr. 193a. erwähnte Erk. ObTr. 74 S. 248. Das Annahmerecht des Sohnes nach erlangter Großjährigkeit für 500 war eingetragen, das Grundstück in der Subh. für 1000 verkauft, ohne daß über das Annahmerecht eine Vereinbarung oder Festsetzung getroffen. Als der Sohn gegen den Ersteher auf Ueberlassung gegen 500 klagte, drang er durch. Das ObTr. faßt dabei dies Recht als eine durch die Eintr. dinglich gewordene dauernde Belastung und außergewöhnliche Last auf, welche nach §§ 340, 342 I 11 ohne abweichende Festsetzung auf den Ersteher übergegangen.

Auch das mitgetheilte Erk. beruht darauf, namentlich insofern es auch das durch die Vorm. gesicherte persönl. R. nach seiner Feststellung gegen den Dritten wirken läßt. Es giebt nur zugleich ein Beispiel dafür, daß die Vorm. nicht weiter reicht, als das Recht selbst. Da auch die mit dem R. bekannte Konkursmasse nach den Bestimmungen der KonkO. an den Vertrag nicht gebunden war, konnte die Vorm. nicht bewirken, daß sie durch diese an den Vertr. gebunden wurde. Anders wäre es z. B. gewesen, wenn die Vormerkung nach ihrer

kaufen, beziehungsweise subhastiren zu lassen, das im § 16 der KO. der Gläubigerschaft bewilligte Rücktrittsrecht aber gegenüber dem durch die Vormerkung gesicherten Rechte des Klägers nicht ausgeübt werden könne, die Sache vielmehr so zu behandeln sei, als ob Kläger die Auflassung und Eintragung bereits erhalten hätte.

Die gerügten Gesetzesverletzungen sind jedoch nicht vorhanden. Nach § 1 Ges. v. 5. Mai 1872 wird im Fall einer freiwilligen Veräußerung das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuch erworben. Es steht unangefochten fest, daß die Auflassung und darauf gegründete Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche bei dem von dem Gemeinschuldner dem Kläger verkauften Grundstücke nicht stattgefunden hat, das Eigenthum des Grundstücks ist daher auch noch nicht auf den Kläger übergegangen, vielmehr dem Gemeinschuldner verblieben. Der Konkurs erstreckt sich auf das gesammte der Exekution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses besitzt, der hier über das Vermögen des Verkäufers eröffnete Konkurs erstreckte sich daher auch auf das noch in seinem Eigenthume verbliebene, wenngleich dem Kläger verkaufte und übergebene Grundstück. Wegen der auf Immobilien haftenden Ansprüche geschieht aber die Befriedigung der Gläubiger im Wege der Sequestration und der nothwendigen Subhastation, und die Einleitung der letzteren erfolgt namentlich auch auf den Antrag des Verwalters der Konkursmasse.

Die Subhastation des noch im Eigenthume des Gemeinschuldners gebliebenen, noch zu dessen Vermögen gehörigen, dem Kläger verkauften Grundstücks war daher

---

Unterlage das bestehende Eigenthum des B. hätte erhalten sollen. In solchem Falle würde das Eigenth. durch die Vorm. erhalten werden und auf Grund der Vorm. die Einstellung der Subh. verlangt oder doch das Eigenth. gegen den Ersteher geltend gemacht werden können. Daß es auf die Unterlage der Vorm. für ihre Wirkung ankommt, wird sich namentlich in dem Falle zeigen, wo die Vorm. zur Erhaltung des Anspr. aus der Obligation auf Aufl. eingetragen und ein voreingetragener Hypothekar die Subh. beantragt hat. Die Vorm. kann nicht dazu dienen, solchen Gläubiger durch Verhinderung der Subhastation zu schädigen, die sich auch der Vorgemerkte hätte gefallen lassen müssen. Ist in solchem Falle die Vorm. auf dem subh. und zugeschlagenen Grundstück stehen geblieben, weil unterlassen ist, darüber zu verhandeln und Festsetzung zu treffen, so wird der Ersteher mit Hülfe des Hypothekars sich mit Erfolg gegen die Klage aus der Vorm. vertheidigen und ihre Beseitigung herbeiführen können. Ohne dies geht die Pflicht aus der Vorm. auf jeden eingetr. Eigenthümer, auch den Ersteher, über. Darauf beruht auch RG. 7 S. 178. A. hatte ein Rittergut in nothw. Subh. erstanden, auf welchem für B. eine Vorm. zur Erhaltung des R. auf Aufl. eingetragen. Als A. gegen B. auf Löschung der Vorm. klagte, weil die Vorm. durch die Subh. erloschen, erhob B. Widerklage auf Aufl. Das RG. hat die Klage abgewiesen, auf die Widerklage verurtheilt. Es deduzirt, daß der Vertragsanspr. des Käufers auf Abtretung des Eigenth. durch die Vorm. seine rechtl. Natur an sich nicht ändere, durch die Vorm. aber gegen Jeden erhalten werde und resolvirend auf alle nachher entstandenen Rechte wirke, namentlich auch auf Belastungen. Es wirke auch gegen den Ersteher, wenn nicht bei der Subh. darüber abweichende Bestimmungen getroffen und ein voreingetragener Gläubiger nicht geschädigt werde, obgleich es fraglich, ob solche Vorm. als eingetr. Last im Sinne § 47 EigenthGes. aufzufassen. Die §§ 43, 13 Nr. 7 der SubhO. v. 15. März 1869 träfen den Fall nicht. Das letztere gilt auch von den §§ 40 Nr. 9 u. § 70 des SubhGes. v. 13. Juli 1883. Vorausgesetzt ist natürlich, daß das vorgemerkte R. dargelegt und dargethan wird. Die bloße Vorm. giebt kein Eigenthumsrecht und nicht die Rechte des § 7 des Ges., weder die vindic. noch die negatoria. In ObTr. 83 S. 81 (StrA. 100 S. 296) hatten zwei von den vier Erben das Nachlaßgrundstück an den Miterben A. überlassen, auf dessen Antrag sein R. auf Aufl. vorgemerkt war, weil das Grundstück noch auf den Namen des Erblassers eingetragen stand, und die Genehmigung des vierten Erben noch fehlte. Als demnächst ein Gläubiger eines des verkaufenden Erben eine Judikatforderung auf dessen Antheil eintragen ließ, klagte A. gegen denselben auf Löschung, wurde aber vom ObTr. gegen beide Instanzen abgewiesen, weil er durch den Vertrag und die Vorm. kein Eigenth. erlangt, die Rechte des Eigenthümers nicht geltend machen könne, bevor er die Aufl. erhalten. Daß A. aus seinem R. als Miterbe nicht klagen konnte, war klar, weil sein R. durch die Hyp. auf den Antheil des Anderen überhaupt nicht

an sich zulässig, und es frägt sich nur, inwiefern die für den Kläger darauf eingetragene Vormerkung zur Erhaltung seines Rechtes auf Auflassung darin etwas änderte.

Das ist zu verneinen. Nach § 8 Ges. v. 5. Mai 1872 kann eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung unter Vermittelung des Prozeßrichters eingetragen werden. Dies ist hier geschehen. Der Zweck und die Wirkung der Vormerkung ist aber nach den Worten des Gesetzes nur die Erhaltung oder Sicherung des Rechts auf Auflassung. Dieses Recht selbst wird dadurch nicht verändert, es wird nur jedem künftigen Erwerber des Grundstücks oder sonst dinglich Berechtigten gegenüber erhalten und gesichert. Beruht es nun, wie hier, lediglich auf einer vertragsmäßigen Verpflichtung des eingetragenen Eigenthümers, so bleibt es auch dieses vertragsmäßige Recht auf Auflassung, und erst, wenn in Folge dieses Rechts die Auflassung von dem Verpflichteten wirklich geleistet, oder dieser zu derselben verurtheilt wird, ist der, dem sein diesfälliges Recht durch die Vormerkung inzwischen erhalten geblieben, befugt, es gegen jeden Dritten, namentlich jeden Eigenthümer des Grundstücks geltend zu machen (vgl. Achilles, 2. Aufl. S. 47 Anm. 15 Abs. 6). Hieraus folgt schon, daß die Eintragung einer solchen Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung den Widerspruch gegen die Subhastation des damit belasteten Grundstücks nicht rechtfertigen kann. Denn nach § 36 der SubhO. v. 15. März 1869 bedarf es dazu eines Rechtes, welches im Falle seines Bestehens den Verkauf überhaupt oder unter den festgestellten Bedingungen unzulässig machen würde. Das vertragsmäßige Recht auf Auflassung gegen den eingetragenen Eigenthümer hindert aber nicht einmal diesen selbst, geschweige denn nach eröffnetem Konkurse die Gläubigerschaft, an dem Verkaufe des Grundstücks, die Vormerkung bewirkt nur, daß, wenn die Auflassung seitens des durch den Vertrag Verpflichteten geschieht, auch der neue Erwerber sie gegen sich gelten lassen muß.

Allein der App.-Richter hat auch mit Recht angenommen, daß Kläger sein Recht auf Auflassung der Verklagten gegenüber gar nicht geltend machen kann, weil dieselbe zur Erfüllung der diesfälligen Verbindlichkeit des Gemeinschuldners nicht verpflichtet ist.

Schon in § 124 I 11 ALR. ist verordnet, daß der Verkäufer die Uebergabe so

---

berührt wurde, da diese hinfällig wurde, wenn der Erbe bei Erbtheilung keinen Antheil erhielt. Vgl. bei I 17.

Daß auch derjenige, der vor dem Ges. v. 5. Mai 1872 einen Anspr. auf Eigenthumsübertragung erlangt, nach dem 1. Okt. 1872 auf Eintr. einer Vorm. zur Erhaltung dieses R. klagen kann, daß darin keine Rückanwendung des Ges. liegt, folgt aus dem unt. Nr. 192, 193a. bemerkten. In StrA. 99 S. 16 hatte A. an B. im Mai 1872 verkauft, Uebergabe und Besitztitelberichtigung war bis zum Tode des A. vorbehalten. Als B. später auf Bewilligung der Eintr. einer Vorm. klagte, drang er durch, weil sein R. aus dem Vertrage nunmehr den Anspr. auf Aufl. einschließe, daß dies R. betagt, nur die Ausübung hindere, nicht den Erwerb des Rechts.

Nach altem R. ist in StrA. 88 S. 128 folgender Fall entschieden. A. hatte im Mai 1869 schriftlich an B. verkauft; übergeben war nicht, obwohl die Uebergabe in dem Vertrage bekannt. Auf Antr. des B. war noch im Mai 1869 eine Protestation zur Wahrung seiner Eigenthumsansprüche eingetragen, bald darauf für C. eine Judikatforderung gegen A. Als C. die Subh. des Grundstücks betrieb, klagte B. gegen ihn auf Einwilligung in die Aufhebung der Subhastation. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen abgewiesen. Es deduzirt, daß der Judikatgläubiger das R. habe, jede zum Vermögen seines Schuldners gehörige Sache zu seiner Befriedigung zu veräußern, AGO. I 24 §§ 68 ff.; Ges. v. 4. März 1834 § 11; SubhO. §§ 5 ff. Ein Dritter könne den Verkauf nur hindern, wenn er sein Eigenthum z. Z. der Einleitung der Subh. darthue. Da B. ohne Uebergabe kein Eigenth. erworben, habe er keine Klage. Da nach § 290 II HypO. wegen blos persönl. Ansprüche keine Protestation stattfinde, sei die Eintr. der Prot. bedeutungslos; eine im Wege des Arrests ausgebrachte Beschlagnahme u. Eintr. einer Dispositionsbeschränkung liege nicht vor. Der Schutz, den § 25 I 10 dem bloßen Titel gewähre, komme bei Veräußerung im Wege

leisten muß, daß der Käufer dadurch in Stand gesetzt werde, über die gekaufte Sache nach dem Inhalte des Kontrakts zu verfügen, nach § 125 a. a. O. ist bei Grundstücken zwar die gerichtliche Zuschreibung im Hypothekenbuche für sich allein zur Uebergabe noch nicht hinreichend, es gehört aber nach § 126 ebendaselbst mit zu den Pflichten des Verkäufers, daß er Alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um diese gerichtliche Zuschreibung an den Käufer zu bewirken. Diese Verpflichtung des Verkäufers wird daher als mit zu der vollständigen Uebergabe, nach § 76 a. a. O. der Hauptverpflichtung des Verkäufers, gehörig angesehen, nicht zu den erst mit § 135 ebendaselbst beginnenden Vorschriften über die Gewährleistung gerechnet. Präj. 2002, StrA. 2 S. 264 ff., PlBeschl. ObTr. 21 S. 18, 37 S. 107, StrA. 68 S. 235.

Ist hiernach selbst schon früher die Verbindlichkeit des Verkäufers, Alles zu thun, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung des verkauften Grundstücks an den Käufer zu bewirken, für eine Hauptverpflichtung aus dem Kaufvertrage angesehen worden, so muß dies noch weit mehr nach dem neuen Rechte von der Auflassung gelten, weil nicht mehr, wie nach § 1 I 10 ALR. die Uebergabe, sondern nach dem oben angeführten § 1 Ges. v. 5. Mai 1872 bei freiwilligen Veräußerungen von Grundstücken die Auflassung das Eigenthum überträgt. Die nach § 1 I 11 ALR. im Kaufvertrage übernommene Verbindlichkeit des Verkäufers, das Eigenthum des verkauften Grundstücks dem Käufer abzutreten, kann also nur durch die Auflassung erfüllt werden. Da nun hier unangefochten feststeht, daß Kläger noch nicht alles Kaufgeld gezahlt hat, und die Auflassung noch nicht erfolgt ist, so liegt ein Rechtsgeschäft vor, welches auf gegenseitige Leistungen gerichtet, zur Zeit der Konkurseröffnung aber von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt ist, bei dem also nach § 16 KO.*) die Gläubigerschaft nur das Recht, nicht aber die Verpflichtung hat, an Stelle des Gemeinschuldners das Geschäft zu übernehmen. Daß eine solche Uebernahme des Geschäfts durch die Gläubigerschaft erfolgt sei, hat Kläger nicht behauptet, im Gegentheil hat danach Verklagte geltend gemacht, daß sie hierzu nicht verpflichtet sei. Das vertragsmäßige Recht des Klägers gegen den Gemeinschuldner auf Auflassung, welches Recht allein durch die eingetragene Vormerkung erhalten ist, kann daher der Verklagten gegenüber nicht geltend gemacht werden und hindert deren sonst berechtigte Veranlassung der Subhastation des verkauften Grundstücks nicht. Aus den §§ 88, 89 GBO. ist nichts zu Gunsten des Klägers herzuleiten, da sie nur bestimmen, wo Vormerkungen einzutragen sind, und unter welchen Voraussetzungen die endgültige Eintragung an ihrer Stelle erfolgen kann.

---

*) § 15 RKonkO.

---

der Exek. (Subh.) nicht in Betracht, weil eben alle Sachen des Schuldners dem Zwangsverkaufe unterlägen.

Diese Gründe treffen für den Zwangsvollstreckungsgläubiger nach § 690 CPO.; § 70 SubhGes. v. 13. Juli 1883 auch jetzt zu.

Die in ObTr. 78 S. 99, 115 u. StrA. 89 S. 183 behandelten Fragen, ob der Prozeßrichter, der die Eintr. der Vorm. herbeigeführt, den Antragsteller zur Anstellung der Hauptklage anhalten oder dem Grundstücksbesitzer überlassen muß, auf Löschung der Vorm. zu klagen, und ob die Löschung einer solchen Vorm. durch ein gemäß §§ 63 ff. I 29 AGO. anzustellendes Relexationsverfahren zu bewirken, — haben durch §§ 18, 19 AusfGes. z. CPO. u. die Bestimmungen der CPO. ihre Erledigung gefunden.

Vgl. übrigens auch Erk. b. Nr. 200 über den Unterschied dieser Vormerkung vom Arrest.

Elfter Titel.

Nr. 194. §§ 1, 2, 363—375, 981—987. Kauf. Tausch. Lieferungsvertrag. Begriff. Unterschied von verwandten Rechtsgeschäften. (Cession, Pacht, Miethe, Werkverdingung.)*)

a. Erk. v. 14. Okt. 1867; StrA. 68 S. 247.
b. Erk. v. 8. Juni 1874; ObTr. 72 S. 187.
c. Erk. v. 4. Juni 1877; StrA. 97 S. 229.
d. PlBeschl. v. 15. Juni 1846; ObTr. 13 S. 57.
e. Erk. v. 8. Nov. 1869; ObTr. 62 S. 77.

Im Falle a. hatte C. durch Vertr. v. 26. Nov. 1862 von M. dessen Grundstücke gekauft und vor der auf den 1. Febr. 1863 stipulirten Uebergabe am 10. Jan. 1863 seine Rechte aus dem Kaufvertrage an den Kläger cedirt, wobei ausgemacht, dass die erste Zahlung des Klägers an C. am 1. Febr. 1863 unter der Voraussetzung erfolgen sollte, dass C. an diesem Tage an den Kläger übergebe. Der Kläger klagte auf Aufhebung der Cession wegen laesio enormis, was C. für unzulässig hielt, weil nicht Kauf, sondern Cession vorliege. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. — Im Falle b. hatte Gutsbesitzer A. mit B. 1872 einen schriftlichen, als Pacht bezeichneten Vertrag geschlossen, wonach er vom 1. Okt. 1872 bis dahin 1873 dem B. die Milch des Guts für 1 Sgr. pro Liter verpachtet, B. freie Wohnung auf dem Gute haben sollte; Nichterfüllung durch B. sollte den Vertrag aufheben. Nachdem der Preis der Milch auf 12 Pf. pro Liter mündlich erhöht, zahlte B. nicht und A. klagte auf Räumung der von B. innegehabten Wohnung und Aufhebung des Vertrages. Beide Instanzen wiesen ab, weil die mündliche Erhöhung des Preises unverbindlich. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hatte A. durch Vertr. v. 3. Juli 1867 dem B. das Recht zur Austorfung bestimmt bezeichneter 100 Morgen gegen ein Pauschquantum von 12000 Thlrn. eingeräumt. Im Vertr. war bestimmt, dass B. den Torf bis 4 Fuss Tiefe stechen dürfe, und dass, falls das Torflager irgendwo diese Mächtigkeit nicht haben sollte, das Fehlende durch Ueberweisung einer anderen Fläche nach Vereinbarung ersetzt werden solle. B. hatte die Austorfung längere Zeit fortgesetzt und klagte, als sich dabei an verschiedenen Stellen weniger als 4 Fuss Torf fand, auf Entschädigung durch Zahlung des Werths der Steine, die aus dem fehlenden Quantum zu erzielen. Der 2. Richter verurtheilte. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle d. handelte es sich um den Begriff des Lieferungsvertrages. Das Plenum hat die Rechtssätze angenommen, dass für den Begriff nicht erforderlich, dass das Verschaffen ausdrücklich versprochen, dass diese Verpflichtung auch aus dem Inhalt des Vertr., den Verhältnissen und Umständen entnommen werden könne, dass mit dem Begriff auch nicht unvereinbar, dass der Lieferant sich bereits bei Abschluss des Vertr. in Besitz von Sachen der Art und des Quantums, welches zu liefern, befindet. — Im Falle e. hatte Fiskus in einem als Lieferungsvertr. bezeichneten Vertrage bei einer Maschinenbauanstalt ein bestimmtes Quantum Centner Eisenbahnschienen nach genau vorgeschriebener Konstruktion, mit bestimmtem Profil und bestimmtem Querschnitt und Gewicht für eine Bahn bestellt und stipulirt, dass die Anfertigung unter Aufsicht eines seiner Beamten zu erfolgen habe. Es kam in Frage, ob der Vertrag ein Lieferungs- oder Werkverdingungsvertrag

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 385, 398 (§ 400_{22}, § $401_{12, 14}$, § 494_{11}); Dernburg 2 §§ 133, 134, 156, 157 u. 199; Förster (Eccius) 2 §§ 123, 124, § 128 unter E. (Lieferungsvertr.). — Der Kauf ist nach ALR. der zweiseitige lästige Vertrag, der zum Inhalt

und demgemäss zu stempeln. Fiskus berechnete den Stempel von dem ganzen Objekt als Lieferungsvertrag, während die Maschinenbauanstalt den Vertrag nur hinsichtlich des Materials als Lieferungsvertrag, im Uebrigen als Werkverdingungsvertrag angesehen wissen wollte. Das ObTr. ist dem mit beiden Instanzen beigetreten.

Gründe: a. Der Verklagte rügt die Verletzung der §§ 1, 12, 59, 60, 376, 390 I 11 ALR. und die Verkennung der rechtlichen Natur des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts. Es sind indeß die erhobenen Rügen unzutreffend.

Das unter den Parteien zu Stande gekommene Vertragsverhältniß hat zwar dem Wortlaute nach die Eigenschaft einer Cession. Denn der Verklagte hat darin das persönliche Recht, welches ihm gebührte, gegen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten die Uebergabe der von M. erkauften Grundstücke zu verlangen, — in Ansehung eines Theiles der erkauften Realitäten den Klägern cedirt. Es ist dies jedoch nicht in der Absicht geschehen, daß die Kläger in das Rechtsverhältniß eintreten sollten, welches zwischen dem Verklagten und M. bestand. Wäre die Absicht dahin gegangen, so würde sich schon aus dem Umstande, daß die Kläger nur einen Theil der von M. erkauften Objekte überkommen sollten, die Nothwendigkeit bestimmter Abreden, insbesondere auch über dasjenige, was die Kläger dafür an M. leisten sollten, ergeben haben. Statt dessen sind nur die von ihnen an den Verklagten zu zahlenden Geldbeträge regulirt worden, und es ist hierbei die erste Zahlung von 2000 Thlrn. unter der ausdrücklichen Voraussetzung stipulirt, „daß der Cedent C. die Ziegelei, die 26 Morgen Ackerland und den Beilaß seinen Cessionarien übergeben hat.“ Also der Cedent selbst, der Verklagte, und nicht M., sollte den Klägern die Uebergabe leisten.

Damit stimmt es überein, wenn es in der Urkunde heißt: „Für den Fall, daß der Cedent seinen Cessionarien die Ziegelei &c. nicht am 1. Febr. d. J. übergeben, oder daß die Cessionarien nicht das Grundstück übernehmen wollten oder könnten, zahlt der sich weigernde Theil an den anderen eine Konventionalstrafe von 1000 Thlrn. In demselben Falle gilt auch die heutige Cession als nicht geschehen und wird in allen ihren Wirkungen als aufgehoben erachtet, ohne daß es einer Rückcession bedarf.“

Es entspricht dem ferner, wenn nach dem unstreitigen Thatbestande und zufolge der beiden notariellen Verhandlungen v. 1. Febr. 1863 M. die in dem Vertrage v. 26. Nov. 1862 bezeichneten Grundstücke an C. übergeben, während erst später der letztere den jetzigen Klägern den Besitz der ihnen durch das Abkommen v. 10. Jan. 1863 davon zugesicherten Theile eingeräumt und zugleich hierbei bemerkt hat, daß er sich verpflichtet habe, für die gehörige Uebergabe an seine Cessionarien besorgt zu sein.

---

hat die Uebertragung des Eigenthums einer (gegenwärtigen, zukünftigen) Sache im Sinne §§ 1, 2 I 2 oder eines Inbegriffs von solchen von der einen gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme von der anderen Seite, § 1 h. t. Auch Rechte sind danach ebenso wie im R. R., l. 8 § 2 D. 18, 6, Gegenstand des Kaufs, sei es, daß sie als jura in re begründet oder als bereits bestehende übertragen werden. In letzterem Falle ist die Cession der Akt der Uebertragung. Die Cession ist nach §§ 376, 381 h. t. nicht Gegensatz zum Kauf, sondern wie die Tradition zwar auch Willenserkl., aber zugleich der Traditionsakt, hinter welchem, wie bei der Tradition, die verschiedensten Rechtsgeschäfte stehen können, durch welche die Bedeutung der Tradition erst bestimmt wird. Wesentlich ist, daß die Cession der Traditionsakt für Rechte, die körperl. Uebergabe der Traditionsakt für Sachen. Es wird danach auch bei einem als Cession bezeichneten Akt immer darauf ankommen, nicht ob Kauf oder Cession vorliegt, sondern ob das Objekt des Geschäfts das Recht oder die Sache, welche Gegenstand des Rechts. Vgl. ObTr. 3 S. 302 unt. Nr. 33 Bd. I S. 120 über die Frage, was als Sache, was als R. zu betrachten, u. Erk. a., welches ein Beispiel zugleich für die praktische Bedeutung nach anderer Richtung giebt. Dahin gehört auch StrA. 86 S. 94. In diesem Falle hatte die Auszüglerin verschiedene näher bezeichnete Ausgedingepräſtationen, welche noch nicht fällig, schriftlich, wie es in dem Vertrage hieß, verkauft; die Uebergabe, hieß es, wird als vollzogen angenommen. Als Gläubiger der Auszüglerin den Anspruch arrestirten, drang der s. g. Käufer durch, weil offenbar nicht Kauf der Sache, sondern der Forderung, also Cession vorlag, die ohne Uebergabe wirksam. Aehnlich StrA. 54 S. 132 nach der entgegengesetzten

Dem wahren und einfachen Sachverhalt zufolge hat mithin der Verklagte das ihm auf Grund eines Kaufes zustehende persönliche Recht zur Sache auf die Ziegelei ꝛc. den Klägern für einen bestimmten Preis mit der Verpflichtung abgetreten, ihnen durch Uebergabe das zuvor von ihm selbst zu erwerbende Eigenthum daran zu übertragen. Es ist diese Uebertragung auch in Wirklichkeit zu Stande gekommen. Damit sind alle Merkmale eines Kaufgeschäftes erbracht, §§ 1, 12 I 11 ALR., während der Rechtsbegriff einer Cession nicht zutrifft, §§ 376, 393, 402 a. a. O.

Gründe: b. Nach der Annahme des App.-Richters war die Tendenz der Parteien bei dem von ihnen geschlossenen Vertrage darauf gerichtet, die auf dem Gute des Klägers gewonnene Milch, abzüglich der zum eigenen Bedarfe des Klägers erforderlichen Quantität, an einen bestimmten Abnehmer, den Verklagten, zu einem bestimmten Geldwerthe zu veräußern. Zur bestmöglichsten Erfüllung dieser Tendenz sind dem Verklagten gewisse Nebenvortheile, unter anderen freie Wohnung nach dem § 4 des Vertrages, eingeräumt, und auch der Verklagte hat, neben dem Preise für die Milch, verschiedene Nebenleistungen und Verpflichtungen übernommen. Ein Pachtvertrag, wie ihn die Kontrahenten in der schriftlichen Urkunde bezeichnen, liegt nicht vor. Denn nicht eine Wirthschaftsrubrik des Gutes, nicht das auf dem Gute vorhandene Milchvieh ist dem Verklagten zur Nutzung überlassen; Gegenstand des Vertrages ist vielmehr die Milch, die der Kläger auf seinem Gute selbst gewinnt, und die bis zu einem bestimmten Maximum für einen festgesetzten Preis vom Verklagten zum Eigenthume übernommen wird. Mit Recht und im Einverständnisse mit dem Erk. StrA. 12 S. 187 charakterisirt deshalb der App.-Richter den Vertrag als Kauf (§ 1 I 11 ALR.), nicht als Pacht (§§ 259, 260 I 21). Unstreitig hat der Verklagte die Milch gekauft, um sie weiter zu veräußern; die erhebliche Quantität der gekauften Milch läßt erkennen, daß der Verklagte damit Handel zu treiben bezweckte.

Nach dem Art. 271 HGB. ist ein Handelsgeschäft der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen ꝛc., um dieselben weiter zu veräußern, und es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen. Der Art. 277 daselbst bestimmt, daß bei jedem Rechtsgeschäfte, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, die Bestimmungen des vierten Buches des Gesetzes in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden sind. Die hinzugefügte Beschränkung: „sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergiebt, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur

---

Richtung. In diesem Falle hatte A. durch notar. Vertrag Früchte auf dem Halm gekauft; im Vertrage war über die Uebergabe quittirt. Demnächst cedirte er seine Rechte aus dem Kaufvertrage an B. und verlangte Zahlung der mündl. verabredeten Valuta. Der 2. Richter wies ab, weil die Valuta nur mündlich verabredet. Das ObTr. vernichtete, weil, da A. Eigenth. der Früchte nach der an ihn unbestritten erfolgten Uebergabe, vgl. Nr. 135 Bd. I S. 632, erlangt, die s. g. Cession als Kauf zu erachten und da B. die verkauften Früchte zum größten Theil unstreitig erhalten, nach § 159 I 5 der Preis zu zahlen sei, es deshalb nur auf die von B. erhobenen Gewährsansprüche ankomme. Die Frage, was als Objekt des Vertr. anzusehen, kommt in gewissem Maße auch bei den in Erk. b. u. c. behandelten Fällen des Unterschieds von Kauf u. Pacht und Konstituirung eines jus in re in Betracht. Wesentlich ist aber für die Ziehung der Grenze zwischen Kauf und verwandten Geschäften, Tausch, Pacht, Miethe, Werkverdingung, Lieferungsvertr., der Inhalt des Rechts, der stets die rechtl. Natur ohne Rücksicht darauf, wie die Kontrahenten den Vertr. bezeichnen, bestimmt. Inhalt des Kaufs ist Uebertragung des Eigenthums gegen Geld, des Tausches: Uebertr. des Eigenth. an eine Sache gegen Uebertr. des Eigenth. an einer anderen Sache, der Pacht u. Miethe u. Uebertr. des Nutzungs- bez. Gebrauchsrecht gegen Entgelt; der Inhalt des Lieferungsvertr. im Sinne des ALR., vgl. Erk. d., ist das Verschaffen, des Werkverdingungsvertrages das Anfertigen, Herstellen eines Produkts, Erk. e. Bei Festhalten des Satzes, daß der Inhalt des Rechts entscheidet, ist die Grenze zwischen den verschiedenen Rechtsgeschäften im Wesentlichen ohne Schwierigkeit zu finden.

auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist", — kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht.

Der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag ist hiernach, seinem Hauptgegenstande nach, ein Handelsgeschäft und unterliegt, soweit der Hauptgegenstand, die Milchlieferung und der dafür bestimmte Preis, in Frage steht, den Vorschriften des HGB. Durch die mit dem Kaufe in Verbindung gesetzten beiderseitigen Nebenleistungen wird die rechtliche Natur des Hauptgeschäftes nicht verändert, zumal dieselben nur dazu dienen sollten, die bei dem Abschlusse des Vertrages vorwaltende Tendenz der Kontrahenten bezüglich der Milchlieferung bestmöglichst zu verwirklichen, überdies für die dem Verklagten zu diesem Behufe bewilligte freie Wohnung gewisse Räumlichkeiten eines bestimmten Gebäudes im Vertrage nicht bezeichnet sind. Nach dem Art. 317 HGB. wird bei Handelsgeschäften die Giltigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt. Die Vorschriften in den §§ 387, 388 I 5 ALR. finden bei Handelsgeschäften keine Anwendung. Die nach der Behauptung des Klägers im Januar 1873 getroffene mündliche Vereinbarung über die Erhöhung des im schriftlichen Vertrage festgesetzten Preises von 1 Sgr. auf 1 Sgr. 2 Pf. für das Liter Milch war deshalb rechtsverbindlich, der schriftliche Vertrag, insbesondere die kassatorische Klausel im § 9 erlitten weiter keine Abänderung und blieben neben der nur den Geldpreis der Milch modifizirenden mündlichen Abrede in Kraft. Der App.-Richter fehlt rechtsgrundsätzlich, wenn er den vorliegenden Vertrag, seinem Hauptgegenstande nach, nicht als ein Handelsgeschäft ansieht, das den Hauptgegenstand allein betreffende mündliche Abkommen nicht als giltig anerkennt. Seine Entscheidung verletzt die Art. 271 Nr. 1, 277, 317 HGB. und unterliegt der Vernichtung.

Gründe: c. Die Entscheidung des App.-Richters muß auch, wenn man seiner Begründung im Allgem. folgen will, an der unrichtigen Berechnungsart der dem Kläger zugesprochenen Entschädigung scheitern. Der Richter begründet dieselbe mit der Erwägung, daß jedenfalls ein lästiger Vertrag vorliegt, und ohne auf Prüfung der Frage, ob bei dessen Abschluß den Verklagten ein besonderes Verschulden trifft, als für die Entscheidung einflußlos einzutreten, lediglich aus den allgemeinen Vorschriften über Gewährsleistung. Danach müßten für die den Verklagten treffende Verbindlichkeit allerdings die §§ 319 ff. I 5 ALR., jedoch nicht der § 320, vielmehr, da derselbe die durchgehende Mächtigkeit des Torflagers von 4 Fuß als eine vorbedungene Eigenschaft auffaßt, die Vorschrift der §§ 325—328 a. a. O. maßgebend sein, und es wäre, da klägerischerseits von der Wandlung Abstand genommen ist, der abzugeltende Minderwerth, gemäß § 328, zu berechnen gewesen. Die Abweichung von dieser Regel wird damit motivirt, daß die Verpflichtung des Verkl. nicht nach der allgemeinen gesetzlichen Norm, sondern nach der speziellen Bestimmung des dieselbe

---

Der landrechtl. Begr. des Kaufs ist auch durch das HGB. nicht geändert, welches den Kauf nicht definirt, nur für den Lieferungsvertr. über vertretbare Sachen die Regel des Art. 338 enthält. Als Kauf ist danach aufgefaßt, wenn der Gesellschafter einer Kommanditgesellsch. statt der stipulirten baaren Einlage ein Grundstück in die Gesellschaft einbringt, Art. 164 HGB., der Erwerb von Aktien u. Aktienrechten gegen bestimmten Preis, OHG. 6 S. 145; 10 S. 304, auch wenn die Gründer einer bereits bestehenden Aktiengesellschaft sämmtliche Aktien übernommen haben und dieselben dann zu einem höheren Kurse zur Zeichnung auflegen, OHG. 18 S. 182 (anders bei Zeichnung von Aktien einer erst noch zu gründenden Gesellschaft). Als Kauf ist auch die Veräußerung des Jagdrechts auf fremdem Grund u. Boden gegen eine jährl. Rente vor dem Ges. v. 31. Okt. 1848, ObTr. 45 S. 361, sowie der Erwerb der Freiheit von einer Last gegen Entgelt anzusehen, Ablösungskapitalien als Kaufpreis für die abgelösten Gerechtigkeiten zu behandeln. Vgl. StrA. 29 S. 335 zu § 648 II 1 Anh. § 79. In Uebereinstimmung mit Erk. b. ist Kauf in dem ganz gleichen Falle StrA. 12 S. 187, vgl. zu § 230 h. t. unt. Nr. 200, angenommen. Bei dem s. g. Möbelleihvertrag kann Miethe u. suspens. bedingter Kauf, aber auch Kauf mit Kreditirung des Kaufpreises vorliegen; entscheiden wird, ob das Eigenthum sofort übertragen oder nicht, Dernburg 2 § 155, Erk. a. Nr. 201. Bedenklich ist oft die Grenzlinie zwischen Kauf der Sache und Konstituirung eines jus in re in Fällen der Art, wie sie das Erk. c. behandelt; die Annahme eines Pachtvertrages, die von praktischer Bedeutung für die Frage der Cessibilität und wenn der s. g. Pächter stirbt oder gekündigt wird, ist regelmäßig mit Rücksicht darauf abgelehnt, daß Torf u.

in feste Grenzen legenden § 5 des Vertrags zu bemessen sei. Aus dieser erhelle der Wille der Kontrahenten, für das etwa Fehlende ein Aequivalent in natura zu gewähren; da jedoch über das Objekt dieses Natural-Aequivalentes die nur vorbehaltene Einigung nicht eingetreten sei, so müsse an dessen Stelle die Entschädigung in Gelde, als dem allgemeinen Surrogate für jede nicht erzwingbare Leistung, treten.

Der App.-Richter, obgleich er selbst mit Recht die Klausel des § 5 des Vertrags als eine imperfekte bezeichnet, will doch die nach dieser Klausel dem Verkl. obliegende und unbestimmbare Leistung zur Basis der Entschädigung nehmen, indem er sich vorsetzt, den Werth der Geldobligation zu ermitteln, in welche sie sich aufgelöst haben soll. Dieser Deduktion ist nicht zu folgen. Damit, daß die Kontrahenten die Gewährung des Natural-Aequivalents ohne Vereinbarung vorbehielten, trafen sie noch keine, das Gesetz abändernde Abrede hinsichtlich der Gewährsleistung. Denn das Gesetz selbst geht (§ 325 a. a. O.) davon aus, daß die vorbedungene Eigenschaft (als welche hier die fehlende Quantität gelten soll), nach Feststellung des Mangels auf Verlangen des Berechtigten, vom Verpflichteten zu gewähren, d. h. in natura nachzubringen, ihm aber ohne seine Einwilligung von diesem nicht aufzudrängen ist. Eine Abänderung der gesetzlichen Gewährsleistungspflicht ist demnach durch den § 5 des Vertrages nicht eingetreten, ebensowenig beeinflußt derselbe die Rechtsbeständigkeit des Vertrages an sich, weil der unerledigt gebliebene Vorbehalt nur einen die Art der Erfüllung regelnden Punkt betraf, dessen mangelnde Festsetzung den Richter im Streitfalle verpflichtet, das fehlende naturale, dem Gesetze entsprechend, zu ergänzen, § 129 I 5 ALR. Demnach würde dem Kläger eine Entschädigung gemäß § 328 a. a. O. für das Fehlende zustehen. Es ist aber nicht am Orte, auf die kontroverse Frage, wie, dieser Gesetzvorschrift entsprechend, der Minderwerth richtig zu berechnen (vgl. Erk. StrA. 82 S. 38*), hier des Näheren einzugehen, weil der Fall, für welchen der obwaltende Streit von praktischen Folgen werden könnte, die kontraktliche Festsetzung eines den wahren Werth der Sache in fehlerfreiem Zustande übersteigenden Entgeltes, als vorliegend von keiner Seite behauptet; auf alle Fälle aber der für die Berechnung zunächst nothwendige Faktor durch Abschätzung der fehlerhaften Sache zu suchen ist. Im vorliegenden Falle wäre also der Werth der ausgetorften Fläche, deren nutzbare Mächtigkeit weniger als 4 Fuß betragen hat, durch das Gutachten der Sachverständigen zu ermitteln und gegen das dem Flächenverhältnisse entsprechende vertragsmäßige Entgelt in Differenz zu stellen, nicht aber der imaginäre Werth eines der muthmaßlichen, nur nicht zum Ausdrucke gelangten Absicht der Kontrahenten entsprechenden Ersatzstücks, zu suchen gewesen. Es tritt hinzu, daß die Auffassung des App.-Richters

---

*) Erk. a. Nr. 114 Bd. I S. 509.

ähnliche nutzbare Bestandtheile des Bodens, Sand, Lehm, Mergel, Kohle und nicht regale Fossilien anderer Art, als Früchte nicht anzusehen. Vgl. Nr. 34 Bd. I S. 123 u. zu I 21 bei Pacht und Nießbrauch. Die praktische Bedeutung der Frage, ob Kauf vorliegt, zeigt sich nach verschiedenen Richtungen. In dem unt. Nr. 34 S. 124 Bd. I mitgetheilten, im Erk. c. erwähnten Falle ObTr. 47 S. 170 wurde dem auf Zahlung des Zinses aus dem Vertr. über Förderung von Eisenerz und Thon klagenden Besitznachfolger des ursprünglichen Kontrahenten entgegengesetzt, daß er nicht aktiv legitimirt. Dies wäre anzunehmen gewesen, wenn das vorhandene Erz und Thon als Objekt des Vertrages anzusehen, nicht das Recht auf die Gewinnung. Es ist Letzteres angenommen, deshalb Kauf verneint, wobei aber zu beachten, daß Kauf dieses Rechts immerhin vorliegt und der Eintritt des Besitznachfolgers in das Recht, den Zins zu fordern, in diesem Falle, wo das Förderungsrecht eingetragen war, darauf mit Recht gegründet ist, daß das konstituirte Förderungsrecht eine Gerechtigkeit, vermöge deren der jedesmalige Besitzer die Förderung des Erzes sich gegen den Zins gefallen lassen mußte, woraus von selbst folgt, daß das R. auf den Zins auf den Besitznachfolger mit dem Erwerbe des Grundstücks übergegangen, da dann anzunehmen, daß der ursprüngliche Kontrahent seinen Besitznachfolger sowohl hatte verpflichten, als berechtigen wollen. Vgl. zu I 19 § 9. In StrA. 27 S. 149 hatte A. an B. durch schriftl. Vertr. seinen Antheil an der Kohlenausbeute von 4 Kuxen gegen jährlich 30 Thlr. auf 30 Jahre verpachtet. Die Erben des A wollten an den Vertr. nicht gebunden sein, weil gewagtes Geschäft vorliege und B. ge-

von der rechtlichen Natur des vorliegenden Vertrages, soweit sich dieselbe positiv ausgesprochen findet, nicht getheilt werden kann. Die von ihm zur Begründung derselben angezogene, in StrA. 13 S. 36; 61 S. 62; 85 S. 257 abgedruckten Tribunals-Entscheidungen haben, allerdings mit einer ganzen Reihe, ähnliche Streitfläche behandelnder Erkenntnisse übereinstimmend (StrA. 27 S. 149; 59 S. 79; ObTr. 47 S. 170) den Grundsatz zur Geltung gebracht, daß ein Vertrag, durch welchen die Entnahme von in einem Grundstücke lagernden, nicht regalen Fossilien, von Thon-Erde oder Mergel aus einer Gräberei, Steinen aus einem Steinbruch, Torf aus einem Torfmoore, einem Dritten seitens des Eigenthümers auf Zeitdauer überlassen wird, nicht als ein Pachtvertrag anzusehen ist, weil in allen solchen und ähnlichen Fällen nicht Früchte (§ 220 I 9 ALR.), sondern Substanz-Theile des Grundstücks den Gegenstand des Vertrages bilden. Weiter sind derartige Verträge als solche gekennzeichnet worden, durch welche ein beschränktes Nutzungsrecht an einem fremden Grundstücke konstituirt worden sei; dagegen findet sich in einer Reihe der gedachten Entscheidungen auch ausdrücklich und wiederholt betont, daß die Frage, ob ein derartiges Nutzungsrecht oder ob ein Kaufvertrag vorliege, stets nur von Fall zu Fall, nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beantworten sei. Unter deren Berücksichtigung hat man sich aber vorliegend für einen Kaufvertrag zu entscheiden. Durch denselben hat der Verklagte dem Kläger das Eigenthum an einer Quantität Torf abgetreten, welche unter einer bestimmt abgegrenzten Fläche von 100 Morgen seines Grundbesitzes, in einer durchgehends 4 Fuß betragenden Mächtigkeit, belegen ist. Es handelt sich um ein bereits vorhandenes, fest bestimmtes, nicht erst in Folge der Arbeit des Klägers zur Gegenständlichkeit gelangendes Vermögensobjekt. Das Entgelt ist mit 2000 Thlrn. im Voraus, mit 10,000 Thlrn. in 12 Jahresraten zahlbar, nicht minder bestimmt, und von der Nutzung des Klägers, vom Fortschreiten seiner Arbeit unabhängig. Demnach liegen alle gesetzlichen (§§ 1, 12, 30, 46 I 11 ALR.) Erfordernisse eines Kaufvertrages unzweifelhaft vor. Der Umstand, daß durch Nebenverträge dem Kläger die Wiedereinebnung des abgeräumten Terrains zur Pflicht gemacht, und die Anlegung eines Abzugskanals gestattet ist, ändert in dieser Sachlage nichts. Dagegen kann die einem Theile des Torflagers fehlende Mächtigkeit von 4 Fuß als Mangel einer vorbedungenen Eigenschaft nicht aufgefaßt werden, weil das fehlende Quantum an sich, abgesehen von besonders zu beweisenden Ausnahmefällen, begriffsmäßig als ein die Sache qualitativ verschlechternder Mangel nicht erscheint. Vielmehr handelt es sich um einen Kaufvertrag, bei welchem der Verkäufer ein bestimmtes Maß (100 Morgen Torffläche bei 4 Fuß Tiefe) zu gewähren

---

wisse Umstände verschwiegen, sie auch zur Kündigung berechtigt. Das ObTr. hat Kauf angenommen, weil Objekt u. Preis bestimmt, nicht Pachtvertrag, weil keine Nutzung überlassen, auch nicht emtio spei oder rei speratae, weil der Gegenstand, das Kohlenflötz, vorhanden u. der Umfang desselben von einem künftigen Ereigniß nicht abhängig. (Vgl. unt. Nr. 206.) Ebenso ist in StrA. 59 S. 79 der Verkauf von Steinen aus einem Steinbruch „so viel dem Käufer zu brechen beliebt" gegen einen absolut oder nach dem Quantum des Bruchs bestimmten Preis als Kauf behandelt. Anders wieder StrA. 85 S. 257. Hier hatte A. dem B. gegen Entgelt das Recht eingeräumt, allen in einer bestimmten Parzelle befindlichen Torf zu gewinnen, und ihm die Parzelle übergeben. Als das ganze Grundstück auf Antrag eines älteren Hypothekengläubigers zur Subh. kam, machte B. das Recht geltend und das Grundstück wurde dem Hypothekengläubiger unter Ausschluß der Gewährleistung für die Nichtexistenz des Rechts des B. zugeschlagen. In dem Prozeß zwischen B. und dem Ersteher ist angenommen, daß nicht Kauf, sondern Konstituirung eines jus in re vorliege, das sich aber der Ersteher als älterer Hypothekengläubiger nicht gefallen zu lassen brauche. In StrA. 62 S. 241 hatte A. mündlich dem B. ein Grundstück zum Austorfen bis auf 3 Fuß Tiefe gegen Entgelt überlassen, B. sich in Besitz gesetzt, sein R. an C. cedirt, gegen den die Erben des A. auf Aufhebung des Vertrages wegen mangelnder Form klagten. C., der im Besitz, berief sich darauf, daß B. Torfhändler, der Vertrag als Handelsgeschäft in mündlicher Form gültig. Hier ist angenommen, daß kein Kauf, kein Handelsgeschäft vorliege, unmittelbares Vertragsobjekt die

sich ausdrücklich verpflichtet hat (§ 207 I 11 ALR.), was nach Inhalt des Vertrages, insbesondere des § 5 und nach den Parteiangaben über dessen Entstehung, als von den Kontrahenten gewollt, dem Gesetz (§§ 212, 214 a. a. O.) gemäß angenommen werden muß. Der Anspruch, welcher dem Kläger nach stattgehabter Uebergabe wegen des fehlenden Maßes überhaupt noch zusteht, ist vom Gesetze (§§ 211, 170, 171 a. a. O.) fixirt und beschränkt sich auf die Differenz, welche sich aus dem Verhältniß des wirklich Gewährten zum Versprochenen an dem Kaufpreise ergiebt.

Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch beruht auf einem anderen rechtlichen Fundamente. Unbeschadet seiner Angabe, daß er auf entgangenen Gewinn einen Anspruch nicht erheben will, erachtet er sich doch zur Forderung einer vollständigen, seinen mittelbaren Schaden mitumfassenden Schadloshaltung für berechtigt, und hat von diesem Standpunkte aus (§§ 320, 285—291 I 5 ALR.) den gestellten Antrag zu begründen versucht. Dazu bedurfte es des Nachweises für ein den Verklagten treffendes Verschulden, ein solches ist aber, wie auch der App.-Richter annimmt, als demselben zur Last fallend, weder bei dem Abschlusse des Vertrags, noch bei Erfüllung der Klausel des § 5 nachgewiesen. Daß bei Abschluß des Vertrags beide Kontrahenten die Möglichkeit einer ungleichartigen, zum Theil hinter dem Minimal-Maße von 4 Fuß zurückbleibenden Mächtigkeit des Torflagers vorausgesetzt und deshalb diesen Fall im Vertrage besonders vorgesehen haben, ist nicht streitig; dem gegenüber läßt sich eine Verpflichtung des Verklagten, sich vorher über das Zutreffen dieser Eventualität zu informiren, auch wenn dazu die Möglichkeit vorhanden war, nicht begründen. Daß die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche für diesen Fall unter den Kontrahenten eintreten sollten, ihre Festsetzung nur durch die theils unverständliche, theils wenigstens unverbindliche Fassung des § 5 des Vertrags erhalten haben, dafür ist eine den Verklagten treffende Schuld nicht nur nicht nachgewiesen; es muß vielmehr nach dem Eingange des Vertrags, in welchem sich der Kläger anscheinend selbst als dessen Konzipienten bezeichnet, lediglich ihm diese Schuld beigemessen werden. Daß endlich die vorbehaltene Vereinbarung über ein dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten, auch wenn dieser sich feststellen ließe, entsprechendes Ersatzstück durch die Schuld des Verklagten nicht zu Stande gekommen sei, ist mit Grund vom Kläger nicht behauptet, weil weder der Nachweis dafür, daß der Verklagte ein solches Ersatzstück gewähren könne und zurückhalte, noch dafür, daß er sich schuldbarer Weise außer Stande gesetzt habe, es zu gewähren, auch nur versucht ist. Bei dieser Sachlage kann nicht in Frage kommen, ob die Berechnung des dem Kläger nach dem Gesagten zuzuerkennenden Anspruchs auf Preisminderung aus dem vorhandenen, eventuell aus dem zu ergänzenden, Beweismateriale noch im gegenwärtigen Stadium des Prozesses sich bewirken ließe oder nicht. Vielmehr

---

Einräumung des Besitzes eines Grundstücks zur Ziehung von Nutzungen, welche die Substanz affizirten, sei, also ein Vertrag über ein Immobile vorliege. Auch in StrA. 52 S. 326 ist in einem Falle, wo das Recht, Mergel aus einem Grundstück zu entnehmen, verkauft, das Grundstück subhastirt, dem Ersteher das nicht eingetragene Recht bekannt war (vgl. jetzt § 12 EigenthGes.), der Ersteher sich aber darauf berief, daß das Eigenthum des Berechtigten an dem Mergel durch Präklusion verloren gegangen, angenommen, daß nicht Eigenthum an dem Mergel oder dem Grund und Boden, sondern ein jus in re Gegenstand des Vertrages, dabei übrigens ausdrücklich anerkannt, daß dies R. Gegenstand eines Kaufs habe sein können. Vgl. auch StrA. 13 S. 36 unt. Nr. 34 Bd. I S. 123; StrA. 6 S. 121 zu §§ 232, 233 II 1; ObTr. 53 S. 261 (StrA. 52 S. 153) zu I 19. Maßgebend für die Frage, ob Kauf des Rechts oder der Sache vorliegt, wird immer sein müssen, ob nach dem Inhalt des Vertr. und der Intention des Kontrahenten eine nach Objekt u. Zeit beschränkte Dispositionsbefugniß eingeräumt, oder ob das Objekt so bestimmt oder bestimmbar, daß es als Gegenstand des Kaufs und der körperl. Ueberg. denkbar. In ersterem Falle ist der Vertr. durch Einräumung der Dispositionsbefugniß und des zur Disposition erforderlichen Besitzes erfüllt; in letzterem Falle ist das Objekt, die Sache zu gewähren. Davon kann nicht die Rede sein bei Einräumen eines Austorfungsrechts auf bestimmte Zeit, — eher bei Ueberlassen des gesammten Materials oder eines bestimmten, ausscheidbaren Theils desselben zur Entnahme bei Uebergabe des Grundstücks zu diesem Zwecke. Davon geht Erk. c. anscheinend

war die Klage auf Schadloshaltung, so wie sie angebracht ist, zurückzuweisen, um so mehr, als dem Verklagten die Mittel, mit welchen er sich etwa gegen eine auf Minderung des Kaufpreises zu richtende neue Klage zu vertheidigen gedenkt, nicht verschränkt werden dürfen. Eine Abweisung der Klage mit einer weitergehenden Wirkung ist vom ersten Richter, wie sich aus dem Schlusse seiner Entscheidungsgründe ergiebt, nicht beabsichtigt gewesen und auch in der That nicht auszusprechen. Weder ist der Verklagte berechtigt, ihr noch jetzt den Einwand seiner angeblichen Bereitwilligkeit zur Gewährung eines Natural-Ersatzes prozeßhindernd entgegenzusetzen, denn die Annahme eines solchen Ersatzes ist gesetzlich, wie vertraglich, vom freien Willen des Klägers abhängig. Noch braucht sich der Kläger mit seinem Ersatzanspruch auf den Schluß der ganzen Ausbeutungsperiode, als den für die Klage-Nativität entscheidenden Zeitpunkt, verweisen zu lassen. Das Manko ist, da der Verklagte das Maß von 4 Fuß Tiefe, für jeden Flächentheil der 100 Morgen zu vertreten hat, nicht allein in Betreff der ausgetorften Flächen thatsächlich existent geworden, sondern auch in dem rechtlichen Ausdrucke, welchen es durch entsprechende Minderung des Kaufgeldes findet, als verhältnißmäßiger Abzug von den unstreitig seitens des Klägers bereits geleisteten Anzahlungen (mit 2000 Thlrn.) und Abschlagszahlungen (mit jährlich 833⅓ Thlrn. seit 1867) — soweit es existent geworden — sofort zur Geltung zu bringen.

Gründe: d. Das ALR. enthält über den Lieferungsvertrag in dem den Verträgen über Handlungen gewidmeten 8. Abschn. I 11 Bestimmungen in den §§ 981 ff. Nach diesen hat das ALR. sich auf eine vollständige Feststellung des Begriffes eines Lieferungsvertrages selbst nicht eingelassen, sondern sich damit begnügt, anzugeben, was unter einem Lieferungs-Uebernehmer oder Lieferanten zu verstehen sei. Die wesentlichen Erfordernisse dieses Vertrages lassen sich daher nur aus dem Inhalte der vorstehenden gesetzlichen Vorschriften, in Verbindung mit den für die ganze Klasse derjenigen Verträge, zu welchen der Lieferungsvertrag hier gezählt ist, geltenden Grundsätzen entnehmen. Demgemäß sind denn sehr verschiedene Ansichten über die Natur und das Wesen des Lieferungsvertrages hervorgetreten. Koch, R. der Forderungen III S. 836 bemerkt: „Der Lieferungsvertrag ist der umgekehrte Trödelvertrag. Sowie der Trödelvertrag wesentlich ein Auftrag zum Verkaufe ist und folglich sich, wenn er ausgeführt wird, zuletzt in ein Kaufgeschäft auflöst, so ist der Lieferungsvertrag ein Auftrag zum Ankaufe, dessen Ausgang wieder ein Kauf ist, daher nach der Erfüllung die Grundsätze des Kaufes gelten." Diese Begriffsbestimmung erscheint jedoch insofern nicht zutreffend, als ein Lieferungs-Uebernehmer rechtlich überall nicht als der Beauftragte des Bestellers betrachtet werden kann. Der Lieferungsvertrag unterscheidet sich vielmehr in rechtlicher Beziehung von dem Bevollmächtigungsvertrage wesentlich dadurch, daß bei letzterem der Bevollmächtigte nur im Namen und nach der Vorschrift des Machtgebers handelt und diesem nach § 4 I 13 ALR.

---

aus, wenn es auf die konkrete Sachlage verweist. Daneben kommt aber in Frage, ob ein gesondertes Eigenth. an Bodenbestandtheilen vor der Trennung denkbar, und ob anzunehmen, daß vor der gesonderten Existenz solcher Bestandtheile Uebergabe faktisch möglich, wie dies bei Bäumen (Nr. 135 Bd. I S. 632) angenommen. Regelmäßig wird dies zu verneinen sein. Vgl. § 370 Nr. 2 StGB. u. meinen Auff. in der Preuß. Gerichtszeitung 1859 Nr. 40 S. 5. In RG. 6 S. 4 ist für gem. R. mit Rücksicht auf l. 77 D. 50, 16; l. 7 § 14; l. 8 D. 24, 3; l. 9 §§ 2, 3; l. 13 § 5 D. 7, 1 (vgl. aber l. 7 § 13 D. 24, 3), wo auch Mineralien und Steine als Früchte bezeichnet, ein Vertrag, durch den eine Gemeinde einen Kalksteinbruch auf 20 Jahre gegen jährl. Entgelt zur Nutzung überlassen, als Pachtvertrag über eine unbewegliche Sache, das Geschäft deshalb nicht als Handelsgeschäft aufgefaßt, die solidarische Haftung der Pächter abgelehnt. Vgl. übrigens § 114 BergGes. (Verpachtung der Ausbeute).

Die Grenze zwischen Kauf und Werkverdingung wird für das Preuß. R., — abweichend vom gem. R., welches Vertrag auf Herstellung eines opus aus dem Material des Arbeiters allein als Kauf der anzufertigenden Sache behandelt, l. 20, l. 65 D. 18, 1, ausgenommen die Herstellung eines Gebäudes auf dem Grundstück des Bestellers, l. 22 § 2 D. 19, 2, RG. 1 S. 58; OHG. 14 S. 43; 19 S. 261, — lediglich dadurch gegeben, daß der Inhalt des Werkverdingungsvertrages, ohne Unterschied, wer das Material giebt, auf die Herstellung eines Arbeitsprodukts gegen Vergütigung, nicht auf Eigenthumsübertragung gegen

durch seine Handlungen den Gegenstand seines Auftrages erwirbt, auch schuldig ist, alle daraus entstehenden Vortheile dem Machtgeber zu überlassen (§ 62), letzterer endlich berechtigt wird, aus dem von dem Bevollmächtigten für ihn mit einem Dritten geschlossenen Vertrage gegen den Dritten unmittelbar auf Erfüllung zu klagen (§ 10). Bei Lieferungsverträgen überkommt dagegen der Lieferungsübernehmer keine andere Pflicht, als die, zu bewirken, daß der Besteller den Gegenstand des Vertrages zur bestimmten Zeit erhalte; die Beschaffung desselben berührt nur sein eigenes Interesse, und der Besteller erwirbt weder gegen den Dritten, mit welchem etwa der Lieferant kontrahirt hatte, noch Rechte auf die von dem Lieferungsübernehmer, wenn schon auf Veranlassung der versprochenen Lieferung angeschaffte, aber noch nicht tradirte Sache.

Der Verfasser des in der jur. Wochenschrift 1846 Nr. 4, 5 abgedruckten Aufsatzes stellt dagegen, nachdem er auszuführen gesucht, daß der Lieferungskontrakt seiner Natur nach nicht wesentlich vom Kaufkontrakte sich unterscheide, doch aber anerkennt, daß das ALR. ihn nicht als eine Art des Kaufkontraktes angesehen wissen wolle, die Ansicht auf: daß man bei den in §§ 981 ff. I 11 ALR. erlassenen Bestimmungen nur eine bestimmte Art von Geschäften, die der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Namen Lieferungen bezeichne, namentlich die Lieferungen zur Armeeversorgung, und die mit besonderen dafür thätigen Entrepreneurs zu diesem Zwecke geschlossenen Verträge im Auge gehabt, und nur für diese und ähnliche mit dem gleichen Namen belegte Unternehmungen habe Verfügungen treffen wollen. Auf solche paßten auch nur jene Vorschriften und bleibe in jedem einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung anheimgestellt, ob mit Rücksicht auf die Art und Größe des Unternehmens und die obwaltenden Verhältnisse ein eingegangenes Rechtsgeschäft solcher Art als Lieferungsgeschäft zu betrachten sei. Es wird diese Ansicht aus dem Inhalte der Materialien zur Redaktion des ALR. noch näher zu rechtfertigen gesucht, in welchen allerdings, namentlich in Beziehung auf den einseitigen Rücktritt wegen vereitelten Zwecks der Lieferung, der Fall einer Lieferung für die Armee besonders hervorgehoben wird. Nicht minder bemüht sich der Verfasser darzuthun, daß, wenn man die Regeln von Lieferungsverträgen auf den Verkehr des bürgerlichen Lebens, namentlich aber auf die gewöhnlichen Geschäfte des täglichen Handelsverkehrs anwenden wolle, sobald nur der Versprechende die Sache nicht selbst im Besitz habe, die er zu gewähren versprochen, dies zu ganz auffallenden und widersprechenden Resultaten führe.

Allein aus der zuzugebenden Richtigkeit der zuletzt erwähnten Ausführung folgt nur, daß die dort gedachten Geschäfte nicht nach den Regeln von Lieferungsverträgen beurtheilt werden können, und es wird sich unten zeigen, daß auch dahin die Absicht des Gesetzgebers gar nicht gegangen ist, keinesweges kann aber daraus und aus dem Umstande, daß Suarez hinsichtlich des Rücktritts vom Lieferungsvertrage in der

---

Preis geht, I 11 §§ 925 ff., 956 ff., 943 ff. Darin ist durch das HGB., welches, wie bereits erwähnt, den Kauf nicht definirt und den Begr., den die Landesrechte damit verbinden, nicht alterirt, nichts geändert. Von praktischer Bedeutung ist dies namentlich dadurch, daß die Bestimmungen des HGB. vom Kauf auf den landesrechtlichen Vertr. über opus nicht Anwendung finden können, auch wenn er sich als Handelsgeschäft darstellt. Auf das Objekt kommt es dabei wesentlich nicht an. Wer bei einer Fabrik, einer Handlung, einem Möbelmagazin Maschinen, Möbel, Waaren, wie sie dort gewöhnlich fabrizirt oder auf Lager gehalten werden, bestellt, zur Anfertigung aufgiebt, kauft, auch wenn das Bestellte noch anzufertigen, weil die Sache gegen den Preis, nicht die Herstellung Inhalt des Vertrages. So StrA. 18 S. 280, Erk. d. Nr. 195, wo es sich um Bestellung bekannter, feststehender, verkäuflicher, gewöhnlich auf Lager befindlicher Sorten Gußstahl handelte, StrA. 40 S. 221, wo Bolzen und Nägel gewöhnlicher Art bestellt, StrA. 65 S. 185, wo es sich um eine der üblichen Dreschmaschinen, OHG. 1 S. 254; 11 S. 62, wo es sich um gewöhnlich fertige, auf Lager befindliche Maschinen handelte. Auch wo eine noch nicht fertige Sache mit der Vereinbarung, daß sie fertig zu stellen, Gegenstand des Vertrages, ist unter denselben Voraussetzungen Kauf anzunehmen, was zur Folge hat, daß der Besteller die Sache, wenn sie Mängel, auch nur unwesentliche, hat, nicht als Erfüllung anzunehmen braucht, OHG. 21 S. 313. Ganz anders lag der Fall Erk. e. Ebenso ObTr. 51 S. 315. In diesem Falle hatte A. gegen eine bestimmte als Kaufpreis bezeichnete Summe den Ausbau eines auf Stapel befindlichen

revisio monitorum äußert: „Tritt irgendwo die clausula rebus sic stantibus ein, so ist es hier, wenn z. B. eine Lieferung für die künftige Kampagne kontrahirt und im Winter Friede wird", — auf welche Aeußerung in jener Ausführung das Hauptgewicht gelegt wird — gefolgert werden, daß der Lieferungskontrakt von dem Gesetzgeber nur auf solche Rechtsgeschäfte habe beschränkt werden sollen, die Unternehmungen im Großen, insbesondere aber Lieferungen für die Armee beträfen. Dem widerspricht augenscheinlich die Fassung des § 981 a. a. O.; und auch die folgenden, den Lieferungsvertrag betreffenden Bestimmungen rechtfertigen eine solche Annahme nicht; es ergiebt sich durchaus keine Nothwendigkeit, einen solchen Zwang den Worten des § 981 anzuthun, die das Verschaffen einer bestimmten Sache allgemein als Lieferung bezeichnen. Vielmehr geht daraus hervor, daß, wenn nur sonst die Merkmale des Lieferungsvertrages, namentlich das Verschaffen in dem unten näher festzustellenden Sinne, sich vorfinden, auf den größeren oder kleineren Umfang des Geschäftes und die Beschaffenheit desselben, sowie seines Gegenstandes nichts ankommen kann.

Es scheint sogar mit großem Vorbedacht im § 981 der Gegenstand des Lieferungsvertrages als eine bestimmte Sache bezeichnet zu sein, worunter eben mit Rücksicht auf die im § 1 I 2 ALR. gegebene Erklärung des allgemeinen Begriffs „Sache" und mit Rücksicht auf die in §§ 28—32, §§ 121 ff. I 11 enthaltenen Bestimmungen über den Gegenstand eines Kaufes, sowohl eine einzelne, als ein Inbegriff von Sachen, oder eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen verstanden werden kann. Es ist aber auch nicht abzusehen, weshalb nicht, wenn doch, wie sich unten noch näher zeigen wird, das Wesen des Lieferungsvertrages im Verschaffen besteht, die über diesen Vertrag gegebenen Vorschriften nicht ebenso gut auf einzelne ihrer Gattung und Art nach bestimmte Sachen, als auf eine große Quantität von Sachen gewisser Art sollen Anwendung finden können.

Man nehme z. B., es wünscht Jemand einen seltenen, im gewöhnlichen Handelsverkehr nicht zu erhaltenden Gegenstand gewisser Art, sei es zum Zweck eines Geschenkes oder aus anderen Gründen, zu einer bestimmten Zeit zu haben, sieht aber die Möglichkeit nicht ein, diesen Gegenstand zur bestimmten Zeit ausfindig zu machen und kaufen zu können. Er wendet sich deshalb an Jemand, der durch seine Bekanntschaften, Handelsverbindungen oder sonstige Verhältnisse vielleicht zur Beschaffung des bezeichneten Gegenstandes im Stande sein könnte, und verspricht diesem, falls er die Sache zur bestimmten Zeit beschaffen könne, einen gewissen Preis für solche, worauf auch jener sich bereit erklärt, ihm den Gegenstand zu verschaffen. Obwohl hier nur eine einzelne an sich nicht bedeutende Sache Gegenstand des Vertrages ist, so finden sich dabei sämmtliche im ALR. aufgestellte Merkmale des Lieferungsvertrages; und so lassen sich gewiß viele Fälle in den Verhältnissen des gewöhnlichen Lebens denken, die gar keine Verwandtschaft mit einer großen Lieferungsunternehmung für

---

Schiffs, Einrichtung, Inventar, Ausrüstung nach bestimmten Vorschriften übernommen. Es fragte sich, ob der Vertrag als Kaufvertrag stempelpflichtig. Das ObTr. hat Entreprisevertrag angenommen und nach der für das Stempelgesetz zugelassenen Trennung der Bestandtheile des Vertrages den Kaufstempel nur für die Materialien angesetzt. In StrA. 73 S. 254 ist ebenso in dem Vertrage über Anfertigung eines Spiritusdampfapparats für eine bestimmte Gutsbrennerei Vertr. über opus, nicht Kauf gefunden. — Vgl. diesen Fall unt. Nr. 201. In StrA. 74 S. 219 hatte ein Großböttcher einem Gutsbesitzer für dessen Brauerei auf Bestellung 1 Kühlschiff und Bottiche zu bestimmtem Preise geliefert. Als der Besteller wegen der mangelhaften Qualität des Holzes, welches nicht, wie verabredet, eichen, der Klage auf Zahlung widersprach, wurde replizirt, daß nicht sofort gerügt, Art. 347 HGB. Dies ist verworfen, weil Art. 347 unanwendbar, da nicht Kauf einer Waare, sondern opus in Rede. Ebenso OHG. 2 S. 287; 6 S. 29; 23 S. 87. Im ersten Falle hatte A. für seine Zuckerfabrik bei B. die zum Betriebe bestimmten Maschinen und Geräthschaften ganz neuer Art nach besonderen Zeichnungen bestellt. Auf Bezahlung belangt, rügte er Unbrauchbarkeit, Ueberflüssigkeit, Gewichtsüberschreitung. Der 2. Richter wendete Art. 347, 349 HGB. an, weil ein Handelsgeschäft vorliege und beide Theile Kaufleute. Das OHG. vernichtete, weil dies beides zwar richtig, aber kein Kaufvertrag oder Lieferungsvertr., sondern mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der ganz neu erfundenen, weder vorher noch später vielleicht je angefertigten Maschinen nach ALR. Vertrag über opus vorhanden, auf welchen Art. 338 HGB. unan=

eine Armee haben, doch aber ebenso gut als solche unter Anwendung der Bestimmungen des ALR. zur Kategorie der Lieferungsverträge gerechnet werden können. Die Materialien zur Redaktion des ALR. ergeben aber auch bestimmt, daß die Redaktoren einzelne Sachen vom Begriffe eines Lieferungsvertrages keineswegs als ausgeschlossen gedacht haben. Denn zu § 704 des Entwurfes, welcher bestimmte: „Der Besteller kann die Lieferung, welche ihm ferner unnütz sein würde, widerrufen, er muß aber den Lieferanten entschädigen," — ward das monitum aufgestellt: „Oft haben die angeschafften Stücke, so lange sie nicht vollständig sind, einen geringeren Werth, z. B. bei Pferden, wenn das Gespann nicht voll ist; alsdann könnte der Lieferant sich nach Vorschrift dieser Paragraphen mit dem Schaden des Bestellers bereichern," — worauf Suarez erwiderte: „Dieser besondere Fall verdient um so weniger Rücksicht, da der Besteller durch den Widerruf zu dem ihn betreffenden Schaden selbst Anlaß giebt." (Löwenberg, „über den Lieferungsvertrag." Berlin 1846 S. 33.) Wäre Suarez der Ansicht gewesen, daß ein Lieferungsvertrag nur auf Lieferungen für die Armee oder ähnliche großartige Unternehmungen sich beschränke, so würde er dies bei dem gedachten Monito wohl ausgesprochen haben.

Auch die in dem obenerwähnten Aufsatze aufgestellte Ansicht über den Begriff des Lieferungskontraktes kann daher für gerechtfertigt nicht erachtet werden.

Andere Schriftsteller und Kommentatoren des ALR., namentlich Bornemann, Preuß. Civilrecht III S. 189, und Bielitz, Kommentar II S. 727, sehen daher als das charakteristische Merkmal des Lieferungskontraktes den Umstand an, daß durch denselben eine Sache versprochen wird, die der Versprechende erst erwerben soll, oder die doch wenigstens als demselben noch nicht gehörig gedacht wird, welches der im Gesetze gebrauchte Ausdruck „verschaffen" hinreichend andeute. Allein obgleich dieses Merkmal allerdings bei dem Lieferungskontrakte sich vorfinden kann und größtentheils wirklich vorfinden wird, so erscheint solches doch nicht wesentlich nothwendig und reicht daher zur Feststellung des Begriffes nicht aus.

Um die eigentliche Natur des Lieferungsvertrages, wie solche aus den Vorschriften des ALR. sich ergiebt, zu entwickeln, muß festgehalten werden, daß das ALR. (wie schon aus der Stellung, die den Vorschriften über das Rechtsgeschäft im Gesetzbuche angewiesen ist, hervorgeht, den Lieferungsvertrag unzweifelhaft zu den Verträgen über Handlungen rechnet, zugleich aber im § 987 l. c. anerkennt, daß nach erfolgter Erfüllung dieses Vertrages über Handlungen das Rechtsgeschäft eine andere Natur annimmt und von diesem Zeitpunkte ab nach den Regeln des Kaufs und Verkaufs beurtheilt werden müsse. Demgemäß beziehen sich alle den Lieferungsvertrag als solchen betreffenden Vorschriften nur auf das zwischen beiden Kontrahenten vor geschehener Erfüllung eintretende Verhältniß und die durch den Lieferungsvertrag bis zu diesem Zeitpunkte von Beiden übernommenen Verpflichtungen.

---

wendbar. Das Gleiche wurde im zweiten Falle angenommen, wo es sich um einen als Lieferungsvertrag bezeichneten Vertr. zwischen einem Schiffsrheder und einem Fabrikanten über eine Dampfmaschine für ein bestimmtes Dampfschiff handelte. (Nicht Kauf, nicht Lieferungsvertr., sondern Vertr. über opus.) In OHG. 23 S. 87 waren für einen Eisenbahnhof Drehscheiben nach Zeichnung bestellt. Das OHG. hat auch hier Vertr. über opus, nicht Kauf einer vertretbaren Sache angenommen. (In OHG. 14 S. 43 ist übrigens abweichend Art. 347 HGB. dem Prinzip nach auch auf Vertr. über opus für anwendbar erklärt.) Vgl. auch weiter unten über den Untersch. von Werkverdingung und Lieferungsvertrag.

Das Besondere des Tausches und sein Unterschied vom Kauf liegt darin, daß er zwar ein doppelseitiger Kauf, § 364, daß aber die unmittelbare Gegenleistung jedes Kontrahenten nicht die Zahlung einer Geldsumme, sondern die Hingabe einer Sache. In diesem Inhalte und darin, daß der Tausch stets ein einziger, einheitlicher Vertrag, liegt die oft nicht leicht zu findende Grenzlinie zwischen zwei Kaufverträgen mit Kompensation des Kaufpreises und einem Kaufvertrag mit Tilgung des Preises durch datio in sol. Tausch, nicht Lieferung lag z. B. vor in StrA. 3 S. 30. A. hatte an B. einen engl. Flügel für 400 verkauft, B. dann mit A. einen Vertr. geschlossen, daß A. einen Konzertflügel aus einer bestimmten Fabrik in Leipzig zum Werthe von 550 kommen lassen und dagegen den alten Flügel gegen Zuzahlung von 200 umtauschen solle. B. erhielt den neuen, gab den alten Flügel zurück, zahlte aber nur 81 und excipirte auf die Klage des A., daß A. statt für 550 nur für 450 gekauft.

Dies vorausgeschickt, so ist, da im ALR. nicht speziell die dem Lieferungskontrakte selbst eigenthümlichen wesentlichen Erfordernisse festgesetzt sind, mit Zuverlässigkeit anzunehmen, daß man davon ausgegangen ist, daß bei diesem Vertrage die dem ganzen achten Abschn. I 11 ALR. an die Spitze gestellten wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages über Handlungen gleichfalls vorhanden sein müssen. Nach den §§ 869, 870, 872 I 11 muß also bei dem Lieferungsvertrage 1. als Hauptgegenstand der Verpflichtung des Lieferanten, eben auch *eine Handlung, nämlich das Beschaffen des Objekts der Lieferung*, und 2. die Gegenleistung des Bestellers als eine Vergütung für diese Beschaffung der Sache betrachtet werden. *Daraus ergiebt sich, daß der Zweck des Bestellers bei einem wirklichen Lieferungsvertrage wesentlich allemal auf die wirkliche Besitzerlangung einer gewissen Sache oder einer gewissen Quantität gerichtet sein muß, die Verpflichtung des Lieferanten aber darauf hinausläuft, dem Besteller den Besitz des Gegenstandes der Lieferung zur bestimmten Zeit für den festgesetzten Preis wirklich zu verschaffen.*

Demgemäß scheiden hier alle solche Verträge aus und können nicht nach den Regeln vom Lieferungsvertrage beurtheilt werden, bei welchen entweder nach der Verabredung der Kontrahenten, oder doch nach ihrer klar aus den Umständen erhellenden Absicht, der Kontrakt gar nicht zu dem Zwecke geschlossen worden war, daß der Eine in den wirklichen Besitz der Gegenstände des Vertrages selbst komme, daß der Andere ihm solche beschaffe, und zu diesem Zwecke Bemühungen aufwende; sondern wo, wie bei dem größten Theile der in dem gewöhnlichen Handelsverkehr so häufig vorkommenden Verträge, durch welche Jemand eine gewisse Quantität Kours habender Staatspapiere oder Aktien oder auch sonstiger vertretbarer im wechselnden marktgängigen Preise sich befindender Sachen, dem Andern zu oder während einer gewissen Zeit für einen bestimmten Preis abzunehmen und resp. zu gewähren sich verpflichtet, lediglich ein anderer Zweck, namentlich das bloße Gewinnen einer Koursdifferenz beabsichtigt wurde und Veranlassung des Vertrages war, die sog. Differenzgeschäfte.

Nicht minder scheiden solche Verträge aus, die zwar auch das Gewähren einer bestimmten Sache zum Gegenstande haben, *bei welchen aber nur die Sache selbst und deren Preis, nicht auch zugleich das Verschaffen derselben in Betracht kommt*, wenn auch vielleicht der Versprechende im Augenblicke des Vertrages nicht in dem Besitz des Gegenstandes war; *denn die eigenthümliche Natur des Lieferungsvertrages beruht eben darauf, daß der Lieferant sich zu Handlungen verpflichtet*, und solche einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrages ausmachen, so daß, wo dies nach Lage der Sache gar nicht angenommen werden kann, das Geschäft selbst, wenn es auch als Lieferungsvertrag bezeichnet sein sollte, doch rechtlich nicht als ein solcher beurtheilt werden kann.

Der 2. Richter nahm Lieferungsvertr. an, das ObTr. vernichtete, weil Tausch vorliege, weil Inhalt des Vertr. der Umtausch, der Einwand der mangelnden vorbedungenen Eigensch. deshalb zulässig, der bedungene Preis in diesem Falle Eigenschaft. Vgl. unt. Nr. 110 Bd. I S. 496. Tausch ist auch in StrA. 61 S. 62 angenommen, wo A. dem B. eine Wiese zum Austorfen gegen ein Fuder Heu und die Benutzung einer Wiese überlassen. (Kein Pachtvertr., keine Grundstücksveräußerung.) Die Klage des A., der den Vertr. während seiner Minderj. mit Genehmigung des Vormunds abgeschlossen und nach Großjährigkeit kündigte, weil Pacht oder Grundstücksveräußerung vorliege, ist abgewiesen. In OHG. 5 S. 418 hatten A. u. B. 1868 verabredet, daß A. dem B. für dessen Pechkocherei möglichst viel Harz gegen baar zu liefern. Später war verabredet, daß B. statt des baaren Geldes berechtigt, auch Pechabfälle zu civilem Preise zu geben. Im Nov. 1869 stellte A. die Lieferung von Harz ein, während B. noch bis Mai 1870 Pechabfälle lieferte. Als A. den Ueberschuß des Preises für die Pechabfälle einklagte, exzipirte B., daß er berechtigt, den Preis durch Lieferung von Harz zu berichtigen. Dies ist in allen Instanzen verworfen. Das OHG. deduzirt, daß in dem spätern Vertr. nicht Tausch oder Abrede über datio in sol., sondern ein zweiter Kaufvertrag, weil der erste Vertrag ein Kauf nach Art. 338 HGB., der spätere Vertrag nicht Tausch sein könne, weil Tausch einen einzigen Vertr. mit Hingabe von Sache *gegen* Sache voraussetze, während es sich hier um Abtragung der Geldschuld für das Harz durch Abfälle gehandelt, daß aber

Daraus erklärt sich denn auch, wenn der Gesetzgeber sich hat veranlaßt finden können, dem Lieferungsvertrage eine ganz besondere Stellung und zwar unter den Verträgen über Handlungen anzuweisen, welches in dem mehrerwähnten Aufsatze in der juristischen Wochenschrift mit Unrecht angefochten wird. Denn wenn gleich der Lieferungskontrakt zuletzt auf das Gewähren einer Sache hinausläuft, und die vorbereitenden Handlungen, wenn sie nicht zu diesem Zwecke führen, dem Besteller gar nichts nützen, auch zugegeben werden kann, „daß bei einem Kontrakte facio ut des im römischen Sinne unter dem facere, welches ut des oder ut facias bewirken soll, immer ein solches Verhältniß verstanden werden muß, zufolge dessen die übernommene Thätigkeit den ganzen Umfang der kontraktlichen Verpflichtungen des Handelnden in sich schließe," so folgt doch daraus noch überall nicht, wie in dem Aufsatze in der juristischen Wochenschrift behauptet wird, daß der Begriff eines Kontraktes über Handlungen bei dem Lieferungsvertrage, so wie ihn das ALR. auffaßt, ausgeschlossen bleiben müsse.

Es ist bei dieser Behauptung nämlich übersehen, daß, wenn gleich allerdings zuletzt durch den Lieferungskontrakt nur der Besitz von Sachen bezweckt wird, das ALR. doch, weil eben in den bei wirklichen Lieferungskontrakten vorausgesetzten Verhältnissen nicht sowohl die Uebertragung des Eigenthums, als vielmehr die von dem Lieferanten zu bewirkende Verschaffung von Gegenständen, die der Besteller auf andere Weise in der verlangten Art und zur bestimmten Zeit zu erhalten vielleicht keine wahrscheinliche Aussicht hatte, als den Hauptgegenstand des Kontraktes ansieht; ähnlich wie bei dem Kontrakte über ein verdungenes Werk, wo auch die Hinstellung des Werkes der Endzweck des Vertrages ist, den aber dennoch, weil das Werk nur das Produkt der von dem Uebernehmer vorzunehmenden Handlungen ist, das ALR. abweichend vom R. R. gleichfalls zu den Verträgen über Handlungen rechnet. Erst wenn dieser Vertrag über Handlungen als solcher erfüllt ist, geht das Rechtsgeschäft in ein anderes über, dem eine erfolgte Uebertragung des Eigenthums zum Grunde liegt.

Demgemäß wird auch beim Lieferungsvertrage der Lieferant verpflichtet, die versprochenen erforderlichen Bemühungen zur Beschaffung der Sache anzuwenden; und der Besteller ist, da auch aus Verträgen über Handlungen nach § 877 I 11 auf Erfüllung geklagt werden kann, berechtigt, ihn dazu anzuhalten. Nicht minder würde aber auch der Lieferant, wenn der Besteller durch seine eigene Schuld jenem die Erfüllung seines Versprechens unmöglich gemacht hätte, nach § 983 a. a. O. in Verbindung mit dem dort in Bezug genommenen § 361 I 5 ALR. von ihm Entschädigung, folglich auch Vergütung der schon wirklich aufgewendeten Bemühungen und gemachten Anstalten verlangen können.

Daraus ergiebt sich denn auch, was den Preis des Gegenstandes der Lieferung

---

auch datio in sol. nicht vorhanden, weil diese eine bestehende Schuld voraussetze, die durch Hingabe von etwas Anderem zu tilgen, während hier weder die Schuld festgestanden, noch auch der erst noch festzustellende Preis der Abfälle, — vgl. bei I 16 §§ 235 ff. Deshalb liegen zwei Kaufvertr. mit compens. des Preises vor, wie das überall der Fall, wo beide Theile Waare geben, aber die Leistung jedes Theils zu Geld angeschlagen und festgesetzt wird und die Preise sich gleichstehen oder der eine oder andere noch zuzahlen muß. In dem konkreten Falle lag nicht einmal das vor, weil die Preise noch gar nicht bestimmt. (Ueber das s. g. Barattogeschäft vgl. Thoel, Handelsr. § $251_{3, 4}$.) Aehnlich OHG. 18 S. 384. A. hatte sich verpflichtet, dem B. Gußdrehspäne und Schmelzeisen zu bestimmtem Preise zu liefern; B. hatte dagegen nach Empfang gußeisernes Brucheisen zu bestimmtem Preise pro Ctr. zu liefern. Auch hier lag nicht Tausch vor, sondern zwei, an sich selbstständige, wenn auch in Verbindung stehende Kaufvertr., da nicht jeder unmittelbar dem Anderen eine Sache als Gegenleistung gab, sondern für die beiderseitigen Leistungen ein Preis bestimmt war, der sich als die Gegenleistung darstellte.

Im Uebrigen unterliegt der Tausch nach §§ 364, 365 (laes. en.) den Bestimmungen über den Kauf. Ueber Uebergabe beim Tausch vgl. den Fall StrA. 50 S. 206 unt. Nr. 140 Bd. I S. 673. Auch § 370 h. t. ist nur Anwendung der §§ 170, 171 h. t. Darauf beruht StrA. 58 S. 171, wo A. dem B. ein Haus, von B. dafür ein Gut eingetauscht, und Ersatz des Werthes für Hölzer auf dem Gute, die ihm evinzirt, forderte. Der 2. Richter

betrifft, daß, wenn gleich nicht erforderlich ist, daß für die von dem Lieferanten anzuwendenden Bemühungen oder von ihm Behufs der Lieferung vorzunehmenden Handlungen eine besondere ausdrückliche Vergütung bestimmt worden, doch bei wirklichen Lieferungsverträgen zur Feststellung des für die zu liefernden Sachen zu zahlenden Preises nicht so, wie beim Kaufe, deren wirklicher Werth zum alleinigen Maßstabe dient, sondern der Preis mit Rücksicht auf die Umstände in der Art bestimmt wird, daß beide Theile glauben können, dabei ihre Rechnung zu finden. Der Lieferant wird aber natürlich bei Bestimmung des Preises, für welchen er die Lieferung zu übernehmen verspricht, auf die ihm nach den Umständen mehr oder weniger schwierige Beschaffung des Gegenstandes Rücksicht nehmen. Fragen könnte sich dabei noch, ob vielleicht zum Begriffe eines Lieferungsvertrages auch nothwendig erfordert werde, daß die Lieferung zu einem bestimmten Zwecke bedungen sein müsse, da der § 984 l. c. einen solchen Zweck als vorhanden vorauszusetzen scheint. Allein wenn gleich sich dies Merkmal bei eigentlichen Lieferungsverträgen allerdings vorfinden kann, so ist solches doch nicht für ein wesentliches zu erachten, indem es dem Begriffe nicht widerstreitet, einen Lieferungskontrakt auch dann anzunehmen, wenn dadurch der Besteller lediglich den Besitz der Sache zu erlangen bezweckt und solche zu behalten beabsichtigt. Das Vorhandensein und Aussprechen eines bestimmten Zweckes bewirkt nur in dem § 984 erwähnten Falle ein Recht zum Rücktritte vom Vertrage, ohne daß aber allgemein ein im Vertrage ausgesprochener bestimmter Zweck als zum Wesen des Lieferungsvertrages erforderlich erachtet werden kann.

Hiernach stellt sich denn der Begriff eines wirklichen Lieferungsvertrages dahin fest: daß es ein Vertrag ist, der bezweckt, Jemandem den Besitz einer ihrer Gattung und Art nach bestimmten Sache oder einer gewissen Quantität solcher Sachen zu einer gewissen Zeit zu verschaffen, und durch den der eine Kontrahent die Verschaffung dieses Besitzes gegen einen im Voraus bestimmten Preis übernimmt. Lassen sich aber in einem konkreten Falle diese wesentlichen Merkmale des Rechtsgeschäftes unzweifelhaft entnehmen, so kann es, was nunmehr die hier zur Entscheidung vorgelegten Fragen betrifft, zunächst 1. nicht darauf ankommen, in welcher Art die übernommenen Verpflichtungen in dem abgeschlossenen Vertrage von den Kontrahenten ausgesprochen sind, ob namentlich der Ausdruck „Lieferung" gebraucht oder ob ausdrücklich das Verschaffen versprochen worden oder nicht; denn die Natur des klar vorliegenden Rechtsgeschäftes kann dadurch, daß die Kontrahenten es unrichtig bezeichnet und folglich mit dieser Bezeichnung einen falschen Begriff verbunden haben, nicht geändert werden. Nicht minder unerheblich erscheint es 2. ob aus dem Vertrage die Voraussetzung des Bestellers hervorgeht, daß die versprochene Sache sich noch nicht im Besitze des anderen Kontrahenten befindet, oder ob vielleicht das Gegentheil sich entnehmen läßt.

---

wies ab, weil nicht der absolute Werth, sondern nur der verhältnißmäßige nach § 370 h. t. zu fordern. Das ObTr. hat vernichtet, weil § 370 nichts Anderes besage, als §§ 170, 171 h. t., die Ausnahme des § 171 von dem Behauptenden zu beweisen sei, der zu diesem Zwecke die Taxe des Ganzen zu beantragen oder beizubringen habe. Vgl. unt. Nr. 197. Uebrigens bezieht sich § 370 nur auf den Fall der §§ 164 ff. h. t., nicht auf den Fall der Gewährl. für Lasten, der nach §§ 189, 190 h. t. zu beurtheilen ist, Präj. 1514. Vgl. auch den Fall OHG. 11 S. 437 unt. Nr. 195 u. Erk. d. das.

Die Besonderheit des Lieferungsvertrages im Sinne des ALR. ist in dem Erk. d. erörtert. Der wesentliche Inhalt des Vertr. ist danach das Verschaffen einer bestimmten, fungiblen oder nicht fungiblen Sache oder einer bestimmten oder bestimmbaren (vgl. Nr. 195: StrA. 98 S. 206) Quantität solcher gegen einen bestimmten Preis, der dann aber nicht als Preis für die Sache, sondern für die Handlung des Verschaffens gilt, daher regelmäßig höher gegriffen sein wird, als der Werth der Sache. Daß dies ein Moment für die Grenzziehung gegen den Kauf im einzelnen Falle abgeben kann, ist auch in StrA. 44 S. 231 hervorgehoben. Die Grenze zum Kaufe bestimmt sich, wie im Erk. d. hervorgehoben, dadurch, daß beim Kauf lediglich Sache und Preis, beim Lieferungsvertr. das Verschaffen in Betracht kommt. So auch StrA. 44 S. 231. In diesem Falle hatte A. bei B., der im Schwarzwalde eine s. g. Uhrenkommission hatte, an welche die kleinen Uhrmacher ihre Uhren

Zwar wird in der Regel, namentlich aber, wenn gewisse einzelne Sachen Gegenstand der Lieferung sind, eine solche Voraussetzung des Bestellers stattfinden; sie erscheint aber insofern nicht wesentlich, als sich ein Lieferungsvertrag ganz wohl auch in dem Falle denken läßt, wo dem Besteller bekannt war, daß sich der Uebernehmer der Lieferung zur Zeit des Kontraktsabschlusses wirklich im Besitze von Sachen solcher Art, wie geliefert werden sollen, befinde. Denn wenn z. B. der Staat mit einem Getreidehändler einen Kontrakt schließt, wonach sich der Letztere verpflichtet, die zur Verpflegung der Garnison eines gewissen Ortes und ihrer Pferde für das nächste Jahr erforderlichen Quantitäten Getreide in bestimmten Terminen zu dem voraus bestimmten Preise zu liefern, so mag der kontrahirenden Staats-Behörde sehr wohl bekannt sein, daß der Lieferant im Besitze großer Vorräthe solchen Getreides sich schon befinde. Dessen ungeachtet ist unbedenklich ein Lieferungsvertrag vorhanden; denn es wird nicht eben über den im Besitze des Lieferanten befindlichen Vorrath, oder einen Theil desselben kontrahirt; und der Letztere verpflichtet sich nur, zu den festgesetzten Terminen der Behörde den Besitz der stipulirten Quantität Getreide für den bestimmten Preis an dem fraglichen Orte zu verschaffen. Diese Leistung ist der Hauptgegenstand des Vertrages, und auf welche Art der Lieferant sich in den Stand gesetzt hat, diesen zu erfüllen, erscheint für das Wesen des Geschäfts gleichgiltig. Daraus folgt dann aber 3. von selbst, daß, wenn im Uebrigen die wesentlichen Merkmale des Lieferungsvertrages vorhanden waren, es ebensowenig die Natur des Rechtsgeschäfts ändern kann, wenn sich findet, daß der Lieferant zur Zeit des Abschlusses des Vertrages sich thatsächlich schon in dem Besitze derjenigen Sache befunden hat, die er dem Andern zu liefern versprochen hatte. Höchstens würde vielleicht ein Besteller, der unter der Voraussetzung, daß die Beschaffung der Sache für den Anderen schwierig sein möchte, sich zu einem höheren Preise verstanden hätte, als sonst der Fall gewesen sein möchte, unter Umständen zur Anfechtung der getroffenen Verabredungen auf den Grund des Irrthums berechtigt gehalten werden können; das geschlossene Geschäft würde aber immer ein Lieferungsvertrag bleiben. Umgekehrt ergiebt sich aber auch endlich 4. wie der Umstand allein, daß der Versprechende sich zur Zeit des geschlossenen Vertrages noch nicht im Besitze der versprochenen Sache befand, nicht hinreicht, das Geschäft als einen Lieferungsvertrag zu beurtheilen. Wenn namentlich z. B. Jemand ein Exemplar eines gewissen Buches von einem Buchhändler kauft, dieser aber solches im Augenblicke nicht vorräthig hat und erst von einem anderen Buchhändler holen läßt oder verschreibt, so bleibt das Geschäft doch ein Kauf, denn sein Hauptgegenstand ist eben nur das Buch, keineswegs die Be-

---

zum Verkaufe liefern, 1000 Stück Uhren von bestimmter Sorte zu bestimmten Preisen, lieferbar zu bestimmter Zeit bestellt; die Uhren waren erst noch anzufertigen und zu diesem Zwecke von B. in Bestellung zu geben. Als B. auf Abnahme eines Theils der Bestellung gegen Zahlung klagte, wies der 2. Richter aus § 408 I 5 ab. Das ObTr. hat vernichtet, weil Kauf, nicht Lieferungsvertrag vorliege. Wesentlich für den Lieferungsvertr. im Sinne des ALR. ist wie beim Kauf ein bestimmter Preis. Vertrag auf Lieferung zu limitirtem Preis wird als Einkaufskommission zu beurtheilen sein, StrA. 8 S. 300. Der Untersch. ist wegen der Pflicht zur Rechnungslegung praktisch. Vgl. RG. 3 S. 109; OHG. 3 S. 43; 12 S. 121. Daß der Lieferungsvertr. in diesem charakteristischen Sinne des ALR. etwas Anderes, als was im gewöhnlichen Verkehr darunter verstanden wird, ist klar. Bei der Begriffsbestimmung des Lieferungsvertrages im Sinne des Stempelgesetzes v. 7. März 1822 (Tarifposition: Lieferungsverträge) ist das ObTr. denn auch von wesentlich anderer Auffassung ausgegangen, da dieses Gesetz außer dem Gebiete des ALR. auch das des gem. u. franz. R. umfaßt. (Vgl. AKO. v. 30. April 1847 u. dazu RG. 3 S. 217 über die im kaufm. Verkehr abgeschlossenen Kauf- u. Lieferungsverträge u. deren Stempelpflicht.) Ob das ALR. neben diesem viel weiter gehenden Begr. der Lieferung durch die §§ 981 ff. h. t. einen für den Verkehr brauchbaren Rechtsbegriff geschaffen, ist sehr zweifelhaft und die Brauchbarkeit desselben noch zweifelhafter geworden, nachdem in dem PlBeschl. Erk. d. nicht einmal das Requisit festgehalten, daß der Lieferant den Besitz sich selbst erst noch zu beschaffen habe, was auch in StrA. 20 S. 163

schaffung desselben. Letztere ist vielmehr nur das Mittel, den Verkäufer in den Stand zu setzen, die versprochene Uebergabe der verkauften Sache zu gewähren, berührt aber nicht den Vertrag selbst, über welchen die Kontrahenten einig geworden sind.

Als Resultat des bisher Angeführten stellt sich daher der in der Ueberschrift angegebene Beschluß dar, und bleibt demnach in jedem einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung überlassen: ob bei einem die Gewährung einer gewissen Sache betreffenden Vertrage die Merkmale des Lieferungsvertrages anzutreffen sind, oder ein anderes Rechtsgeschäft zum Grunde liegt.

Gründe: e. Die Nicht.-Beschw. hat dem zweiten Richter Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts, nämlich des Lieferungs- und Verdingungs-Vertrages, sowie des Vertrages „über fungible Sachen" vorgeworfen und will die Verkennung der erwähnten Rechtsgeschäfte in der Richtung nachweisen, daß sie anführt: die richterliche Annahme, der Gegenstand des Vertrages sei die Anfertigung „individuell bestimmter" Sachen, sei eine irrige, indem sie behauptet und darzuthun sucht, daß es sich blos um fungible Gegenstände handle. Da indessen fungible Sachen sowohl Gegenstand eines Lieferungs- als auch eines Verdingungs-Vertrages sein können, so liegt in einer etwaigen Verwechselung der fungiblen mit der individuellen Beschaffenheit einer Sache wohl ein Rechtsirrthum über diese Eigenschaft des Gegenstandes, nicht aber eine Verkennung der rechtlichen Natur der betreffenden Verträge selbst. Mit der behaupteten Fungibilität des Kontrakts-Objekts kann demnach die Nicht.-Beschw. die Rüge nicht rechtfertigen. Die Nicht.-Beschw. nimmt zwar deshalb auch die Behauptung der Verkennung der Natur des Vertrages über fungible Sachen zur Hülfe; allein abgesehen davon, daß auch hier das eben Bemerkte über den Irrthum in den Eigenschaften der Sache vollständig Platz greift, so ist nicht erfindlich, inwiefern für den vorliegenden Fall damit eine besondere Gattung von Verträgen hingestellt sei; es läuft immer auf die Behauptung hinaus: daß der Richter mit Unrecht das Kontrakts-Objekt für ein individuell bestimmtes erklärt habe. Der App.-Richter beruft sich für seine Annahme theils auf die „ganz bestimmte Konstruktion", welche Kläger den von ihm anzufertigenden Bahnschienen zu geben hatte, theils auf die desfallsige Ausführung im ersten Erkenntnisse. Auch der erste Richter nimmt an, daß die in Rede stehenden Schienen zu den individuell bestimmten Gegenständen zu rechnen seien, weil sie sich in ihrer vertragsmäßig vorgeschriebenen und demgemäß angefertigten Form und Beschaffenheit als individuell bestimmt in dem Sinne darstellten, daß sie nicht als Gattung, etwa als Schmiedeeisen oder Stahl für den gewöhnlichen Verkehr, sondern nur als Spezies, welche nach ihrer Anfertigung in ihrer Gestalt, Form und Beschaffenheit einen bestimmten Zweck erfüllen, also nicht blos generisch oder quantitativ zur Benutzung kommen sollte, das Objekt des Vertrages bildeten, indem es für diesen

---

angenommen. Vgl. darüber namentlich Förster (Eccius) a. a. O. Der ganze Begriff des Lieferungsvertr. in dem charakteristischen Sinne des ALR. hat durch Art. 271 Nr. 2 u. 338 des HGB. seine Bedeutung so gut wie verloren, da durch dieselben die Lieferungsvertr. über vertretbare Sachen der Beurtheilung nach Landesrecht entzogen sind und Lieferungsvertr. über nicht vertretbare Sachen im Verkehre kaum vorkommen. In Bezug auf solche Lieferungsvertr. üb. vertretb. Sachen ist der Unterschied der Landesgesetze zwischen Kauf und Lieferung durch Art. 338 HGB. aufgehoben, d. h. sie werden durchweg nach den Bestimmungen des Handels- und des Landesrechts über den Kauf behandelt, OHG. 13 S. 419. Die Rechtsprechung des ObTr., die überall nur Fälle zum Gegenstande hatte, welche jetzt nach Handelsrecht zu beurtheilen sein würden, hat deshalb kaum noch Bedeutung. Zu registriren ist hier nur, daß die §§ 984—986 h. t., die eine singuläre Anwendung der clausula rebus sic stantibus auf den Lieferungsvertr. enthalten, Nr. 119 Bd. I S. 537, nicht ein willkürliches Rücktrittsrecht statuiren, sondern den Nachweis, daß die Lieferung unnütz geworden, voraussetzen, — daß der Lieferant nicht verpflichtet, alternativ auf Annahme oder öffentl. Verkauf zu klagen, § 986, daß anderweite Veräußerung den Lieferanten des Klagerechts nicht ohne Weiteres verlustig macht, PlBeschl. ObTr. 11 S. 18, — daß zur Erfüllung des Vertrages durch den Lieferanten, der die Waare anbieten und zuwiegen soll, genügt, wenn er sich zur Lief. bereit erklärt und zur Annahme auffordert, daß er nicht zu deponiren verpflichtet, daß,

gerade auf den gewissen, bestimmten Körper ankomme. In den bei dieser zum größten Theile thatsächlichen Feststellung angewendeten rechtlichen Grundsätzen ist ein Rechtsirrthum des Richters nicht ersichtlich. Sie stimmen mit den §§ 274, 275 I 5, §§ 30, 32 I 11 ALR. in ihren Prinzipien überein, zumal dabei zu berücksichtigen ist, daß nach den richterlichen Feststellungen der Kläger als Fabrikant und Eigenthümer einer Maschinen-Bauanstalt die Anfertigung der für die betreffende Eisenbahn bestimmten Eisenbahnschienen von bestimmtem Profil und Querschnitt und von bestimmtem Gewichte (überdies unter Beaufsichtigung eines Beamten des Gegenkontrahenten) übernommen hat. Dagegen besteht, wenn man auf das ALR. sieht, nach dem § 981 I 11 das Wesen eines Lieferungsvertrages nur darin, daß sich der Lieferant blos verpflichtet, eine Sache dem Anderen für einen bestimmten Preis zu verschaffen, wobei also die Pflicht der Anfertigung, und namentlich unter bestimmten Modalitäten gar nicht in Betracht kommt; wogegen diese Anfertigung gerade im Sinne der §§ 925, 869 das. das Objekt des Verdingungsvertrages selbst dann bildet, wenn der Werkmeister die Hergabe der erforderlichen Materialien übernommen hat, wie § 926 I 11 ausdrücklich festsetzt. In diesem Anfertigen besteht also der Hauptunterschied zwischen diesen beiden Vertragsarten, während die Fungibilität des Vertrags-Objekts an sich nicht einmal für die betreffenden Fragen ein überall durchgreifendes Kriterium gewährt, da der Gegenstand beider Verträge sowohl individuell bestimmt, als auch fungibler Beschaffenheit sein kann. Kommt es aber demnach auf die Prüfung des konkreten Falles an, so wird diese Frage sich hauptsächlich darauf richten, in welchem Maße es bei der Verabredung der zu gewährenden Sachen den Kontrahenten auf die Anfertigung dieser Gegenstände ankommt, indem beim Lieferungsvertrage diese Verarbeitung ganz in den Hintergrund tritt. Je spezialisirter der vorbedungene Gegenstand ist, desto mehr wird auch die „Anfertigung" desselben hervortreten und damit den Begriff einer bloßen „Lieferung", wenn nicht anderweitige Umstände denselben feststellen, ausschließen. Mit Recht haben daher die Instanzrichter nicht blos in dem ausdrücklichen Versprechen der Anfertigung (zumal unter spezieller Beaufsichtigung des Gegenkontrahenten), sondern auch in der Spezialisirung der anzufertigenden Gegenstände einen Grund gefunden, den vorliegenden Vertrag nicht als einen Lieferungsvertrag, sondern gleichzeitig als Verdingungsvertrag anzusehen, indem sie in der Anfertigung der verdungenen Sachen, in einer genau bestimmten, speziellen Form und Beschaffenheit und zu einem speziell bestimmten Zwecke diejenige Individualisirung des Kontrakts-Objekts erblicken, welche das Versprechen der Bearbeitung desselben als einen erheblichen Theil des Vertrages hervortreten lassen und denselben daher zu einem Verdingungsvertrage machen, da bei dieser Spezialisirung die anzufertigenden

---

wenn stipulirt, bei Verzug solle der Kontrahent berechtigt sein, durch einen Mäkler zu verkaufen bez. zu kaufen und die Differenz zu fordern, das Recht auf die Differenz für den Lieferanten auch besteht, wenn er selbst unter derselben Bedingung gekauft und sein Verkäufer durch den Mäkler hat verkaufen lassen, ObTr. 17 S. 184, — daß der rechtskräftig wegen Verzugs zu vertragsmäßiger Lieferung und Entschädigung verurtheilte Lieferant aus diesem Judikat keinen Anspruch seinerseits auf Abnahme und Entschädigung wegen verzögerter Abnahme hat, ObTr. 20 S. 124 (ALR. I 3 § 26. A. war verurtheilt, an B. 100 Wispel Gerste zu liefern und das Interesse wegen Nicht-Lieferung zu leisten; inzwischen sank die Gerste im Preise, A. verlangte Abnahme und klagte bei Weigerung auf Abnahme und Entschädigung wegen verzögerter Abnahme), — daß der Weigerung der Erfüllung die nicht kontraktmäßig geleistete Erfüllung gemäß § 408 I 5 gleichsteht, daß § 224 h. t. auf Lieferungsverträge nicht anwendbar, der Lieferant deshalb, wenn Zahlung Zug um Zug stipulirt, bei ausbleibender Zahlung die weitere Lieferung einfach einstellen und dadurch vom Vertrage zurücktreten kann, StrA. 18 S. 259 (für den Handelskauf im Sinne Art. 338 HGB. ist § 224 h. t. durch § 342 Abs. 3 HGB. derogirt, und ist in seiner Bedeutung für das R. des Rücktritts für den Verkäufer wegen mangelnder Erfüllung seitens des Käufers durch die Art. 354 ff. HGB. erfolgt, OHG. 21 S. 33), — daß § 408 I 5 unanwendbar, wenn die Lieferung gemäß § 987 h. t. in Kauf übergegangen und mangelnde Qualität behauptet wird, was ganz selbstverständlich, StrA. 40 S. 221.

und zu liefernden Schienen nicht blos als Eisenbahnschienen oder verarbeitetes Eisen in genere oder nur in quanto, sondern als Spezies in Betracht kommen. Ist dies richtig, so hat der App.-Richter weder die Natur des Vertrages über fungible Sachen, noch den rechtlichen Begriff über die Fungibilität verkannt.

Die von der Nicht.-Beschw. angeführten Beispiele spezialisirter Sachen, denen in einer angeführten Reihe von Präjudikaten trotz dieser Spezialisirung dennoch die Eigenschaft „fungibler Sachen" beigelegt worden ist, passen dagegen auf den vorliegenden Fall nicht, weil in allen diesen Fällen klar ersichtlich ist, daß die betreffenden Lieferanten nicht die fraglichen Sachen anzufertigen, sondern nur zu liefern hatten. Das Gewicht, was hiernach auf das Anfertigen gelegt werden muß, wird aber auch nicht durch die Behauptung der Nicht.-Beschw. abgeschwächt, daß es, namentlich bei der Stellung des Klägers, auf die Anfertigung der Schienen durch ihn oder wenigstens durch seine Mitarbeiter gar nicht besonders angekommen, und daß die in Rede stehende Bearbeitung nur als ein vorbereitender und dasselbe ermöglichender Theil des im § 981 vorausgesetzten „Verschaffens" anzusehen sei; denn die vertragsmäßig festgesetzte Kontrole bei der Anfertigung läßt deutlich erkennen, daß mindestens, wenn auch vielleicht nicht gerade auf die Person, so doch auf die Art und die Ausführung der Bearbeitung ein erhebliches Gewicht gelegt worden ist, wodurch die Seite des Vertrages als eines „Verdingungs-Vertrages" wesentlich hervortritt und deshalb als ein solcher zu behandeln ist.

Wenn endlich die Nicht.-Beschw. in dem Vertrage, offenbar mit Hinblick auf den, jedoch nicht als verletzt bezeichneten § 925 I 11 weder die Anfertigung eines ganzen in sich geschlossenen Werkes, noch die Verdingung desselben „in Pausch und Bogen" finden und deshalb das Vorhandensein eines „Verdingungs-Vertrages" verneinen will, so erledigt sich dieser Einwurf schon dadurch, daß der App.-Richter weder den § 925 I 11 ausdrücklich angewendet, noch die Annahme eines „ganzen in Pausch und Bogen angedungenen Werkes" ausgesprochen hat, und daß nach den §§ 920, 869 ff. ein „Dingen der Arbeiter", also ein Verdingen der Arbeit, auch dann stattfindet, wenn es sich nicht gerade um ein in sich abgeschlossenes Werk handelt, während es überdies ganz zulässig ist, die einzelnen Schienen als ein solches Werk aufzufassen, und der § 925 auch dann passen würde, wenn statt eines ganzen Werkes mehrere solche Werke oder ein „Aggregat" derselben vorliegen sollte.

Verbleibt es nun hiernach diesen Angriffen gegenüber dabei, daß der App.-Richter mit Recht in dem zur Beurtheilung vorliegenden Kontrakte neben dem Verschaffen des erforderlichen Materials an Eisen, auch einen Vertrag über die Anfertigung von Gegenständen, welche zu einem bestimmten Zwecke besonders eingerichtet sind, gefunden hat, so liegt auch eine Verletzung der Nr. 1 des Stempeltarifs und der Position: „Lieferungsverträge" in demselben nicht vor.

Ueber den Untersch. von Lieferung und Tausch vgl. den obigen Fall StrA. 3 S. 30 beim Tausch.

Die Grenze zwischen Lieferungsvertr. im Sinne des ALR. und Werkverdingung ist nach dem, was oben beim Kauf gesagt, in den meisten Fällen unschwer zu finden. Das ObTr. hat sich damit wesentlich in Fällen beschäftigt, wo es sich um den Stempel zu s. g. Lieferungsvertr. handelte. Festgehalten ist auch dabei, daß der Inhalt des Rechtsverh. seine Natur bestimmt, daß beim Lieferungsvertr. Inhalt das Verschaffen, beim Werkverdingungsvertrage das Anfertigen. Auf den Untersch. von fungiblen Sachen (Gattung) und individuell bestimmten Sachen (species) kommt es dabei nicht entscheidend an, weil beide Gegenstand beider Verträge sein können. Gleichwohl ist die species regelmäßiger Gegenstand des opus als des Lieferungsvertrages. Behandelt ist der Unterschied in dem Erk. e. Ebenso StrA. 86 S. 251; 100 S. 365. Ersterer Fall lag ganz so wie der des Erk. e. Auch in diesem Falle ist nur der Verdingungsvertrag verstempelt. Im zweiten Falle hatte eine Aktiengesellschaft die vollständige Fertigstellung einer Eisenbahnbrücke über einen bestimmten Strom incl. Material, Anstrich, Transport, Aufstellung, Abbruch der Gerüste für einen bestimmten Preis übernommen. Der Vertrag war als Lieferungsvertrag bezeichnet, ist aber als Werkverdingungsvertrag dem Stempel unterworfen.

Nr. 195. §§ 2, 12, 13—27, 28—45, 46—55, 70—75 (§§ 139 bis 142), 582—594. (I 5 §§ 71—73, 46—50, 274, 275.) Kauf. Essentialien. Gegenstand. (Eigene, fremde Sache, zukünftige. Nichtexistenz, Gattungs-, Menge-, Wahlkauf.) Preis. Bestimmtheit. Simulirter Kauf. Perfektion.*)

a. Erk. v. 21. Jan. 1878; StrA. 98 S. 242.
b. Erk. v. 23. Nov. 1853; StrA. 13 S. 14.
c. Erk. v. 15. Febr. 1856; StrA. 20 S. 173.
d. Erk. v. 6. Nov. 1855; StrA. 18 S. 280.

Im Falle a. hatte A. an B. Kuxe eines Bergwerks „Grossherzog von Baden" verkauft, welches damals noch nicht existirte, weil die Feldestheilung des Bergwerks „Verein", aus welchem das neue Bergwerk gebildet, oberbergamtlich noch nicht bestätigt war. Der 2. Richter wies die Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises ab, weil § 39 h. t. sich nur auf existent gewesene und untergegangene Kaufobjekte beziehe. Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt. — Im Falle b. hatte A. 1850 seine Bauernstelle und eine Wiese gegen die Wiese des B. getauscht; der Werth der letzteren sollte nach der Bestimmung des Vertrages nach ihrem Ertrage im Jahre 1850 mit 1 Thlr. pro Ctr. Heu und dem 25fachen Betrage davon angesetzt werden. Als die Wiese 1850 einen ungewöhnlich hohen Ertrag lieferte, behauptete A., dass B. denselben künstlich und dolos nach der an A. erfolgten Uebergabe durch Düngen und Berieseln hervorgebracht, und klagte auf Aufhebung des Tauschvertrages. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen. — Im Falle c. hatte A. durch Vertr. v. 31. Dez. 1840 sein Mühlengut an seinen Sohn verkauft und in § 5 für seine überlebende Ehefrau und die unversorgten Kinder ein Ausgedinge stipulirt, wie er es bei Lebzeiten oder auf den Todesfall nach billigem Ermessen bestimmen werde, war aber gestorben, ohne diese Bestimmung getroffen zu haben. Der Vormund der Kinder klagte deshalb princip. auf Ungültigkeitserklärung des Vertrages. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter abgewiesen. — Im Falle d. hatte A. in Mühlheim bei B. in Scheffield (England) eine Quantität näher bezeichneter Sorten Gussstahl bestellt, möglichst schnelle Zusendung und umgehende Faktura erbeten, die Adresse des Destinatars bezeichnet. Nach Anfertigung der Waare versandte B. dieselbe an die aufgegebene Adresse, benachrichtigte den A. von der Absendung unter Uebersendung der Faktura und des Konnossements, die Waare ging aber mit dem Schiff noch vor Eingang des Schreibens zu Grunde. Gegen die Klage auf Zahlung des Preises wendete A. ein, dass kein Kauf zu Stande gekommen, er ist aber in 2. u. 3. Instanz verurtheilt.

Gründe: a. Nach der thatsächlichen Unterstellung des App.-Richters hat sich der Kläger bei Abschluß des Kaufvertrags als Gegenstand desselben einen gewerkschaftlichen Antheil, also eine bereits gegenwärtig existente Sache vorgestellt. Ein Bergwerk „Großherzog von Baden" und Kuxe (gewerkschaftliche Antheile, Berggef. § 101) daran haben damals aber noch nicht bestanden, weil die Feldestheilung des Bergwerks „Verein" und die Abtretung des Feldes „Großherzog

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 385, 386; Dernburg 2 §§ 133, 134, 135; Förster (Eccius) 2 §§ 124, 128 B. u. C.; HGB. Art. 337 ff. — Nach §§ 2, 12 h. t. sind die Essentialien des Kaufs die Person der Kontrahenten, das Objekt und der Preis. Aus dem Begr. des Kaufs in § 1 und der Natur der Obligation folgt aber außerdem, daß Eigenthumsübertr. gewollt und durch den Vertr. die Verpflichtung zur Uebertr. bez. Empfangnahme desselben begründet sein muß, daß also kein Kauf der eigenen Sache möglich, da ihr

von Baden" erst im Januar 1874 vom Oberbergamt bestätigt worden ist, und weil erst mit der oberbergamtlichen Bestätigung ein selbstständiges Bergwerkseigenthum an abgetrennten Grubenfeldern erworben wird. (Berggesetz. v. 24. Juni 1865 § 51, und Ges. v. 5. Mai 1872 § 68 1.)

Der Kaufvertrag ist also über eine als existent vorausgesetzte, in Wirklichkeit aber nicht existirende Sache abgeschlossen worden, und dies hat nach § 39 I 11 ALR. die Folge, daß der Vertrag für nicht geschlossen zu erachten ist.

Erst neuerdings ist in dem Erk. v. 9. Okt. 1877 in Sachen Korff wider zur Nedden in Uebereinstimmung mit den Erk. OHG. 18 S. 262, 270; 21 S. 269, 270 so entschieden worden.

Mit dieser Auffassung setzt sich der App.=Richter durch seine Annahme, daß die wirkliche Existenz der als bereits bestehend verkauften Sache nicht Vorbedingung der Gültigkeit eines Kaufvertrages sei, in Widerspruch, und das zweite Erkenntniß ist zu vernichten.

Die Entscheidung der Sache selbst hängt davon ab, ob die thatsächliche Feststellung des App.=Richters begründet ist, oder ob nicht vielmehr nach der Sachlage anzunehmen ist, daß die Parteien nicht sowohl über Kuxe im eigentlichen Sinne, d. h. über Antheile an einem gewerkschaftlichen Bergwerk, § 101 Berggesetz., als vielmehr nur über Geschäftsantheile an einem erst in der Vorbereitung begriffenen Unternehmen, an einem erst zu bildenden Bergwerke „Großherzog von Baden" kontrahirt haben. Wäre diese letztere Voraussetzung zutreffend, so würde ein solcher Vertrag als Vertrag über eine künftige Sache, ALR. I 11 § 582, oder vielleicht auch als Lieferungsvertrag, I 11 § 981, zu Recht bestehen. Zu einer solchen dem Verklagten günstigen Auffassung berechtigen seine Anführungen aber nicht.

Der Kläger hat ausdrücklich bestritten, daß ein bloßer Hoffnungskauf geschlossen worden. Hätte der Verklagte dem Bestreiten des Klägers gegenüber wenigstens behauptet, daß demselben zur Zeit des Vertragsabschlusses bekannt gewesen sei, daß das ganze Unternehmen noch in der Vorbereitung begriffen, und die oberbergamtliche Bestätigung der Feldestheilung noch nicht erfolgt sei, so würde sich vielleicht hieraus die Folgerung rechtfertigen, daß es dem Kläger auf die Existenz wirklicher Kuxe

Eigenth. nicht mehr auf den Käufer übertragen werden kann, und daß kein Kaufvertr. vorhanden, wenn für den Käufer keine Verpfl. zu kaufen begründet. Einen Fall der letzteren Art vgl. in StrA. 82 S. 184 unt. Nr. 73 Bd. I S. 283. Ueber ersteres (Kauf der eigenen Sache) vgl. Nr. 72 Bd. I S. 279, 280 u. OHG. 17 S. 348. In diesem Falle hatte der Ersteher vom Subhastaten nach dem Zuschlage bewegl. Pertinenzien des Grundstückes, deren Eigenth. er durch den Zuschlag erworben, §§ 78 ff., 342—344 h. t., gekauft; die Klage auf den Preis ist abgewiesen. Darauf beruht auch § 83 SubhGes. v. 13. Juli 1883; § 46 EigenthGes. v. 5. Mai 1872 über die Form des Zuschlages an den Subhastaten, der ersteht. Essentiell ist, daß Eigenthumsübertr. gewollt, ist sie gewollt, ist das Motiv und der Zweck gleich, in RG. 2 S. 168, 173 deshalb der Verkauf zum Zweck der Sicherung des Käufers mit Recht zugelassen. Solch Kauf ist nicht simulirt; scharf zuzusehen wird aber immer sein, ob nicht Simulation vorliegt, wie z. B. in dem Falle RG. 2 S. 173, wo die Sache dem Verkäufer zum Gebrauch und zur Verfügung belassen und der Kaufpreis erst zu zahlen war, sobald der Käufer wegen einer Schuld des Verkäufers von dem Gläubiger in Anspruch genommen. Dabei konnte von gewolltem Eigenthumsübergang nicht die Rede sein, l. 80 § 3 D. 18, 1.

Ueber die Person der Kontrahenten vgl. Erk. a. Nr. 72 Bd. I S. 278 u. StrA. 51 S. 92 unt. Nr. 60 Bd. I S. 237, wo A. von B. gekauft und von C. belangt wurde, weil die Faktura den C. als Verkäufer bezeichnete. Die §§ 12, 15 h. t. statuiren die Möglichkeit, daß die Person des gewollten Käufers durch ein künftiges Ereigniß bestimmt wird. Vgl. GesRevPens. 14 S. 7, 8. Einen solchen Fall behandelt OHG. 10 S. 200. A. hatte seine Fabrik gegen Feuersgefahr versichert; policemäßig reichte die Versicherung bei Eigenthumswechsel bis zur erklärten Wiederübernahme. Das Etablissement brannte am 1. Juli ab. Vorher hatte A. an B., der im Namen und Auftrage der Gründer einer Aktiengesellsch. auftrat, für diese mit der Bestimmung verkauft, daß die zu gründende Aktiengesellsch. Eigenthümer werden, die Uebergabe erfolgen solle, nachdem die Generalversammlung der zu gründenden Gesellschaft genehmigt und die Gesellschaft eingetragen. Hier war der Käufer genügend be=

nicht angekommen sei, und daß nur Geschäftsantheile an dem projektirten Unternehmen Gegenstand des Vertrages gewesen. Der Verklagte hat aber nur behauptet, daß der Kläger als Bergbeamter besser von der Sache unterrichtet gewesen sei, wie er, daß der Kläger zu jener Zeit gleich andern Gründern bemüht gewesen sei, sich durch den Handel mit Kuxen der Zeche „Großherzog von Baden" zu bereichern, daß Kläger ihn zum Abschlusse des Vertrages gedrängt habe, und daß Kläger ihm 8 oder 14 Tage später (also zu einer ganz einflußlosen Zeit nach dem Vertragsabschlusse) verschiedene Mittheilung über die Güte des Feldes gemacht habe.

Aus allen diesen Anführungen folgt nicht, daß nicht wirkliche Kuxe, sondern nur Antheile an einer beabsichtigten Gründung Gegenstand des Vertrages gewesen sind. Der Vertrag ist als ungültig anzusehen, und somit das erste Erkenntniß zu bestätigen.

Gründe: b. Wie überhaupt zwischen den Kontrahenten behufs der Existenz eines gültigen Kontrakts der Gegenstand desselben, bei zweiseitigen Verträgen also Leistung und Gegenleistung, gehörig feststehen muß, so ist auch rücksichtlich des Kaufpreises dessen Bestimmtheit erforderlich (pretium certum). Diese kann freilich eine blos relative sein, und der Preis insbesondere, wie dies im vorliegenden Falle geschehen ist, mit Rücksicht auf ein künftiges Ereigniß festgestellt werden, welches unabhängig von der Willkür des Kontrahenten ist, §§ 46, 47 I 11 ALR., l. 7 § 1, l. 35 § 5, l. 37, D. 18, 1; Bornemann, Rechtsgeschäfte S. 219, 220 und System 2 S. 428, 429; Koch, R. der Forderungen 2 S. 318, 319. Dadurch wird aber, wie l. 37 D. 18, 1 treffend hervorhebt, das Geschäft einem bedingten ähnlich. Ebenso, wie dieses nun beim Wegfall der Bedingung, oder bei einer unerlaubten Einwirkung auf den Eintritt derselben, sich als hinfällig zeigt (§§ 104, 116 I 4 ALR. und Bornemann, Rechtsgeschäfte S. 162), gerade auf dieselbe Weise vereitelt sich der Kauf, sobald das künftige Ereigniß, von dessen Eintritt die Höhe des Preises abhängig gemacht worden, entweder gar nicht, oder nur durch unzulässige Beihülfe eines der Kontrahenten eingetreten ist. Dieser allgemeine, aus der Natur der Rechtsverhältnisse sich ergebende Gesichtspunkt ist insbesondere auch für einen analogen Fall anerkannt im § 49 I 11 ALR. Wenn der App.-Richter daher unangefochten feststellt, daß der natürliche Ertrag der streitigen Wiese, welcher die

---

stimmt, Eigenthumsübergang konnte aber erst mit der Genehmigung und Eintragung eintreten, die Gründer waren neg. gestores des künftigen Käufers, l. 29, l. 5 § 1; l. 22, l. 1 §§ 8, 10, 11 D. 3, 5; l. 19 § 2 D. 26, 2; l. 29, pr. l. 14, 51 D. 10, 3, die Versicherung bestand daher, weil die Gesellschaft sich erst nach dem 1. Juli konstituirte.

In Bezug auf den Gegenstand kommt seine Bestimmtheit, seine Existenz, das Eigenthum des Verkäufers in Betracht. Gegenstand kann sein eine gegenwärtig bestehende und nach §§ 582 ff. auch eine zukünftige Sache; in letzterem Falle tritt der Begr. des gewagten Geschäfts und der emtio spei und rei speratae hinzu. Vgl. darüber Nr. 206. Ueber den Kauf einer nicht existenten Sache vgl. Erk. a. u. Nr. 76 Bd. I S. 295, Nr. 78 Bd. I S. 302. Daß es gleichgültig, ob die Sache noch nicht oder nicht mehr existirt, ist nicht bedenklich. Darauf beruht auch OHG. 21 S. 269, wo 1874 Kuxen eines bestimmten Bergwerks verkauft und Kuxscheine darüber gegeben waren, obwohl das Bergw. Mangels der Bestätigung der Konsolidation durch die Behörde nicht existirte, sondern erst 1875 existent wurde. Solch Kauf ist nicht rechtsbeständig, weil das Obj. fehlt, auch wenn es später zur Existenz gelangt. Ebenso OHG. 18 S. 261, 270 in ähnlichem Falle (Verk. von Kuxen vor bestätigter Feldestheilung). Dabei ist aber mit Rücksicht auf §§ 582 ff. festzuhalten, daß das Kaufobjekt von den Kontrahenten als existent gedacht sein muß; ist es als zukünftiges gedacht oder nach der Intention der Parteien zu denken, so gilt der Vertrag, wie z. B. in OHG. 17 S. 196, 204, wo es sich um Kauf von Aktien einer erst noch zu konstituirenden Gesellschaft handelte, — ein durchaus zulässiges Objekt des Kaufs. Ist das Objekt auch nur theilweise nicht existent, so gilt der Vertr. nicht, mag die Differenz auch noch so unbedeutend sein, ObTr. 11 S. 239 Erk. b. Nr. 196. Ein Beispiel nicht existirenden Obj. bietet auch RG. 6 S. 290 unt. Nr. 61 Bd. I S. 242. (Kauf des Antheils an einem Lotterieloos, von dem unbekannt, daß es schon gezogen. Hoffnung gekauft, die nicht mehr existirt. Vgl. Nr. 206.)

Ueber den Begriff der Unbestimmtheit des Obj. und des Preises vgl. Nr. 73 Bd. I S. 283 mit zahlreichen Beispielen nach beiden Richtungen. Zu wiederholen ist hier, daß die Bestimmt-

Norm für die Höhe des Preises derselben abgeben sollte, durch unerlaubte Einwirkung des Imploranten künstlich zu ungewöhnlicher Höhe gesteigert, und solchergestalt es verhindert worden, daß die relative Bestimmung des Kaufpreises zu einer absoluten habe umgeschaffen werden können, so folgert er daraus mit Recht, daß hinterher sich der Mangel eines bestimmten Kaufpreises herausgestellt habe, in Gemäßheit dessen das Geschäft als nicht geschlossen erachtet werden müsse.

Gründe: c. Es hat eine vollständige Einigung unter den Kontrahenten auch hinsichtlich des Inhalts des § 5 des Vertrages stattgefunden. Die Parteien sind nicht nur einig geworden, daß und an welche Personen ein Ausgedinge zu entrichten sei, sondern es hat sich auch Verklagter dem unterworfen, was der Erblasser resp. nach billigem Ermessen über die Höhe und den Umfang desselben festsetzen werde. Es trifft mithin die Voraussetzung des § 125 I 5 ALR. nicht zu, daß die Kontrahenten eine Uebereinstimmung künftiger Verabredung vorbehalten haben. Daß sie selbst den Kontrakt nicht so aufgefaßt, sondern als einen vollständig zu Stande gekommenen, vollendeten angesehen haben, geht aus dem § 6 desselben hervor. Der Erblasser beantragt und bewilligt darin, die Kontraktsschließung als Eigenthumsbeschränkung in die zweite Rubrik des Hypothekenbuches mit dem Bemerken einzutragen, daß andere Bestimmungen als die vorbehaltenen ihm nicht mehr zustehen sollen, und dem Verklagten darüber Rekognition zu ertheilen. Verklagter hat hierauf erklärt, daß er diese Bestimmung acceptire und Ausfertigung sowie Rekognitions-Ertheilung gewärtige.

Schon der App.-Richter hat die erkannte Ungültigkeit des Vertrages nicht aus dem § 125 a. a. O., sondern aus dem § 71 daselbst hergeleitet. Der zweite Fall dieses § ist hier nicht vorhanden. Die Bestimmung über die Auszüge ist nicht dem Verklagten, sondern dem Erblasser, also dem berechtigten Kontrahenten, überlassen, der sie sich, seiner Ehefrau und seinen Kindern vorbedungen hatte. Die Unbestimmtheit rücksichtlich der Auszüge für den Erblasser und seine etwaige spätere Ehefrau kann den Klägern, die als Erben an die Stelle des Erblassers getreten sind, keine rechtliche Veranlassung geben, sich von dem Vertrage loszusagen. Sie ist unnachtheilig geblieben, die Umstände, für welche ein solcher Auszug bestimmt und gewährt werden sollte, sind nicht eingetreten. Es handelt sich allein noch um den

---

heit keine absolute, nur eine relative zu sein braucht; die Unbestimmtheit muß nur nach dem Vertragswillen zu heben sein. Das Ermessen Dritter, selbst das Ermessen des Kontrahenten ist nicht ausgeschlossen, nur darf nicht von bloßer Willkühr des Kontrahenten der Umfang seiner Verbindlichkeit und die Erfüllung abhängig gemacht sein, I 5 § 71, §§ 47 ff.; 870 ff. h. t.; 13 §§ 77 ff.; 20 §§ 580; 21 §§ 258 ff.; 17 § 170; 4 §§ 108, 109, 105. Wo Objekt oder Preis in das arbitr. des Dritten gestellt, wird nach dem Geiste des Preuß. R. arbit. boni viri regelmäßig als gewollt zu supponiren sein, auch in §§ 48, 49 h. t. — Vgl. l. 15 C.; 4 § 38 (arbitr. merum), Goldschmidt, Handelsr. I S. 606_{71}; — und solch arbitr. wird deshalb bei offenbarer Unbilligkeit der Korrektur durch den Richter unterliegen, OHG. 18 S. 337, 345. Vgl. OHG. 16 S. 427 unt. Nr. 73 Bd. I S. 285. Ob nach Preuß. R. auch die Feststellung wesentlicher Vertragsbestimmungen in das Ermessen des Kontrahenten zu stellen, — wie dies für gem. R. angenommen, l. 6, 77, 78 D. 17, 2; l. 24 D. 19, 2; l. 69 § 4 D. 23, 3; l. 22 § 1 D. 50, 17, — ist zweifelhaft. Im Erk. a. Nr. 73 wird es verneint; jedenfalls ist das billige Ermessen des Kontrahenten außerhalb solcher zur Vertragsperfektion wesentlichen Bestandtheile nicht ausgeschlossen. Einzelne Beispiele geben die Erk. b. u. c. Bezüglich des Gegenstandes ist noch zu bemerken: die relative Bestimmtheit muß so sein, daß sich das Objekt konkret ohne neue Willensübereinstimmung der Kontrahenten bestimmen läßt; ist nachträglich noch Herbeiführung des Konsenses nöthig, so fehlt dem Vertr. die Bestimmtheit. Das ist z. B. nach OHG. 8 S. 209 (vgl. auch 5 S. 418, 421; 1 S. 56, 144; 9 S. 129; 15 S. 334; 11 S. 2; 14 S. 292; 17 S. 219) nicht nöthig, wo das Quantum der Waare mit Beifügung von „circa", „ungefähr" bestimmt; in solchem Falle ist anzunehmen, daß die ausgedrückte Quantität nicht erheblich überschritten werden soll, was der Richter konkret zu ermessen hat. In dem entschiedenen Fall war aber das Objekt offenbar ganz unbestimmt, weil die Parteien über Kauf bez. Herstellung der zur Einrichtung eines Hauses gewünschten Möbel und Dekorationen zu einem Preise von 3—5000 kontrahirten. Das OHG. hat deshalb hier die vom Lieferanten überschrittene Preisnormirung nicht für ent-

Auszug für die unversorgten Kinder. Das Maß desselben ist aber keineswegs ein dergestalt unbestimmbares, daß nicht nach der deutlichen Absicht der Kontrahenten und unter Anwendung der Interpretationsregeln der §§ 70, 73, 74 I 4 ALR. der Umfang der Leistungen, die vom Verklagten gefordert werden könnten, und zu denen er nach dem Kontrakte verpflichtet war, zu ermitteln und festzustellen wäre.

Es läßt sich an sich nicht annehmen, daß der Umfang der Belastung des Verklagten einer ganz schrankenlosen Willkür des Erblassers habe freigegeben werden sollen. Alle Umstände sprechen vielmehr dafür, daß es die gemeinsame Absicht der Kontrahenten war, den Kindern solche Auszugsvortheile zuzuwenden, wie sie nach dem Herkommen und Gebrauch im Kreise oder an dem Orte üblich und unter den vorhandenen Verhältnissen angemessen wären. Schon der Begriff des Altentheils führt zu einer gewissen Beschränkung und einer Begrenzung der Leistungen, auf der einen Seite nach dem Bedürfniß des Empfängers, dem dadurch abgeholfen werden soll, auf der andern Seite nach den Kräften des Guts. Ein Auszug bedingt mäßige Vortheile, durch die der Uebernehmer nicht außer Stand gesetzt wird, dem Gute vorzustehen und die Lasten desselben zu tragen. Aus dem Kontrakte geht noch besonders hervor, daß beide Momente von den Kontrahenten ins Auge gefaßt und berücksichtigt worden sind. Denn der Auszug ist für die unversorgten Kinder ausgesetzt und dadurch auf ein Maß von Vortheilen, wie sie deren zu ihrer Versorgung benöthigt sein würden, hingewiesen. Diese Vortheile sind ihnen nicht als ein Erbtheil oder als eine Abfindung aus dem väterlichen Vermögen zugewendet, die noch vorhandenen andern Kinder des Erblassers nicht in gleicher Art bedacht. Ferner wollten die Kontrahenten den Auszug nach billigem Ermessen bestimmt wissen. Sie setzten daher Leistungen voraus, die sowohl für die berechtigten Kinder, als für den verpflichteten Gutsübernehmer billig sein würden. Auf gleicher Grundlage einer das Interesse der Berechtigten und des Gutsübernehmers vereinenden Billigkeit beruhen die gemeinüblichen Altentheile bäuerlicher Stellen. Die verkaufte Wassermühle ist eine auf dem Lande in dem Dorfe L. belegene, ihr Verhältniß ein dem bäuerlichen Hofe wenigstens nahe kommendes. Sie war schon früher mit Ausgedingeleistungen bäuerlicher Art belastet, der Kontrakt gedenkt eines für die zweite Ehefrau des Erb-

---

scheidend gehalten. In StrA. 14 S. 120 ist dagegen Bestellung von 1000—1500 Ctr. Syrup als genügend bestimmtes, weil zwischen Maximum und Minimum gesetztes Objekt erachtet, mit Recht, weil dem Belieben des Kontrahenten feste Grenzen gezogen sind. In ObTr. 13 S. 168 hatte A. während schwebender Separation, bei der er sein ganzes Gut von 120 Morgen eingeworfen, dem B. 2754 Metzen Roggen jährliche Rente mit der Bestimmung verkauft, daß der nach dieser Rente sich ergebende Betrag der Morgenzahl dem B. bei der künftigen Plananlage eigenthümlich überwiesen werden solle. Das ObTr. hat hierin einen hinänglich bestimmten Gegenstand gefunden, weil nach der bei der Auseinandersetzung angelegten Werths- und Ausgleichsberechnung feststand, daß die verkauften Metzen Roggen Rente = 30 Morgen; der Gegenstand war demnach schon beim Vertr. bestimmt, die Nothwendigkeit künftiger Ausweisung bei der Plananlage und Ausführung stand nicht entgegen, weil das ganze Gut gleiche Bodenklasse hatte. In der That war demnach ein ideeller Theil des Guts verkauft und dessen Surrogat genau bestimmt. Gewagtes Geschäft lag nicht vor, weil die Bestimmung des Objekts von einem künftigen Ereigniß nicht abhängig war. Nicht genügend bestimmt war das Obj. in StrA. 45 S. 295, wo beim Reisenden des Verkäufers „zur Probe und Auswahl" ein „der Auswahl des Reisenden überlassenes Assortiment von bestimmten Waaren" zum Preise von 150—180 bestellt war. Offenbar war hier auch kein Kauf gewollt, sondern nur in Aussicht gestellt, projektirt. Nicht unbestimmt war das Obj. in StrA. 98 S. 206, wo eine Gasgesellschaft die Lieferung des erforderlichen Gases für einen im Bau begriffenen Eisenbahnhof übernommen hatte. Hier war das Obj. relativ durch den Umfang der Anlage und das dadurch herbeigeführe Bedürfniß bestimmt und bestimmbar. Die Verpflichtung, „jedes Mehrquantum" zu liefern, die bei Bestellung eines bestimmten Quantums übernommen, RG. 3 S. 64, wird ohne besondere Umstände nicht genügen. Unbedenklich sind dagegen OHG. 17 S. 224; 13 S. 303; 14 S. 41; 15 S. 146; 16 S. 203, wo es sich um den im Handelsverkehr vielfach üblichen Verkauf bestimmter Quantitäten Eisen unter Vorbehalt der Spezifikation der Maße, Formen durch den Käufer bis zu bestimmtem

lassers darauf eingetragenen Altentheils, in der Klage wird eines besonderen Auszugshauses erwähnt. Aus allem Diesen ist zu schließen, daß die Kontrahenten unter einem Auszuge nach billigem Ermessen einen herkömmlichen verstanden haben. Diesen sollte nun zwar in seinen Einzelheiten der eine Kontrahent, der Erblasser, festsetzen. Allein die Kontrahenten waren sich bewußt, daß sein Gutbefinden kein willkürliches, daß es ein völlig unbefangenes und sachgemäßes sein würde, da er der gemeinschaftliche Vater der unversorgten Kinder und des Verklagten war, als solcher für das Beste Beider gleiches Interesse und keine Ursache hatte, den einen Theil vor dem andern zu begünstigen, daß er ferner über alle zu berücksichtigenden Verhältnisse die genaueste Kenntniß besaß.

Der Erblasser ist, ohne die Bestimmung zu treffen, mit Tode abgegangen. In Folge dessen muß das von den Kontrahenten beabsichtigte Maß des nach Gebrauch und Herkommen angemessenen Auszuges durch Sachverständige ermittelt, und richterlich darüber entschieden werden. Diese Art der Feststellung ist keine ungewöhnliche. Das ALR. § 604 I 11 läßt allgemein für bäuerliche Altentheile eine Einwirkung und Regulirung des Richters zu, welche wiederum die Zuziehung von Sachverständigen voraussetzt oder nothwendig machen kann. Diese Vorschrift ist zwar durch die V. v. 11. Juli 1845 allgemein aufgehoben; sie giebt aber immer noch einen Anhalt zur Unterstützung der Annahme, daß eine Ausschließung der richterlichen Bestimmung nach dem Gutachten Sachverständiger nicht in der Absicht der Kontrahenten gelegen habe. Aus den Auslassungen beider Theile geht hervor, daß sie selbst den Kontrakt nicht anders verstanden haben. Kläger verlangen eventuell einen Auszug nach richterlicher Festsetzung. Verklagter hat denselben gewähren wollen und nur gegen den von den Klägern beanspruchten Umfang Ausstellungen gemacht. Erst später hat er behauptet, daß der Auszug ganz wegfallen müsse. Für den vorliegenden Fall bieten die Vorschriften der §§ 72, 73 I 5, der §§ 48 ff. I 11 ALR. über den Fall, wenn die Bestimmung unbestimmt übernommener Verbindlichkeiten oder über einen Kaufpreis dem Ausspruch eines Dritten überlassen ist, und er denselben nicht thun kann oder will, keine passende Analogie. Dort wird als der Wille der Kontrahenten vorausgesetzt, daß die Entscheidung unbedingt von dem Ausspruche der bezeichneten dritten Person oder von ihrer Mit-

---

Termin handelte. In solchen Fällen ist das Obj. der Obligation das genau bestimmte Quantum; relativ bestimmt sind die Dimensionen; die relative Bestimmtheit kann aber durch das vertragsmäßige Recht (bez. die Pflicht) des Käufers zur Spezifikation eine absolute werden. Das OHG. führt in allen diesen Fällen aus, daß absolute Bestimmtheit von Waare und Preis nicht erforderlich, nur daß relativ bestimmt, was jeder zu leisten, wenn auch die Bestimmtheit in Folge des Vertrages durch Benutzung anderer Umstände zu gewinnen. Deshalb ist in solchen Fällen bei Annahmeverzug durch Nichtspezifikation auch der Selbsthilfeverkauf zugelassen, OHG. 15 S. 146. Bedenklicher ist OHG. 17 S. 218, wo ein Kontokurrentvertrag mit der Bestimmung abgeschlossen, daß A. für sein Guthaben von B. Cigarren entnehmen solle. Das OHG. deduzirt, daß die Cigarrensorte zwar unbestimmt, die Wahl aber dem Schuldner (§ 38 h. t. ev. dem Käufer) zustehe, der Preis der Cigarre als der handelsübliche zu verstehn. In RG. 1 S. 355, 359 ist in einem gemeinrechtl. Falle die Bestimmung für zulässig erachtet, daß die Zuckerfabrik, die Rüben gekauft, nach ihrem für den Verkäufer bindenden Ermessen feststellen solle, was an Abgang und zu Fabrikzwecken unbrauchbar abzurechnen, d. h. also wie das Netto zu bestimmen. Das Ermessen ist aber als arbitr. boni viri mit Beweislast des Verkäufers für die improbitas aufgefaßt, l. 75—80 D. 17, 2; l. 38 pr. D. 38, 1. Aehnlich OHG. 11 S. 437. A. und B. hatten Pferde getauscht mit der Abrede, daß falls dem B. das eingetauschte Pferd nicht gefallen sollte, A. verpflichtet es zurückzunehmen und ein anderes passendes Pferd zu liefern. Das OHG. führt aus, daß diese als Nebenvertr. (nicht als Bedingung) aufzufassende Abrede hinlänglich bestimmt; daß B. sich der Willkür des A. habe unterwerfen wollen, sei nicht anzunehmen; es fehle nicht an Anhalt für die Beschaffenheit und den Werth des Pferdes, da konkret der Vertragswille dahin klar, daß A. dem B. ein Wagenpferd zu einem Preise zu liefern, das dem Werthe des von B. gegebenen Pferdes und der von ihm zugezahlten 50 Thlr. unter Berücksichtigung, daß A. Pferdehändler und üblich verdienen müsse, entspreche.

Unbedenklich ist, daß die Subh. eines ideellen Grundstücksantheils nicht möglich, wenn der

wirkung habe abhängig gemacht werden sollen. Hiernach hat das vorige Urtheil über den Prinzipalantrag abgeändert, und auf Abweisung der Kläger mit demselben erkannt werden müssen.

Gründe: d. Der erste Richter hat bei Beurtheilung der Frage: ob die Klägerin oder den Verklagten die Gefahr des erfolgten Unterganges der im September 1853 für Rechnung des verklagten Vereins von der Klägerin mit dem Schiff Camerton versandten Stahlwaaren trifft, zwar auch den Abschluß eines vollständigen Kaufkontrakts über die gedachten Waaren vermißt, hauptsächlich aber seine Entscheidung darauf gestützt, daß überhaupt gar kein Kaufkontrakt, sondern ein Vertrag über Handlungen vorliege. Dies schließt der Richter aus der in den Akten mehrfach vorkommenden Bemerkung der Klägerin, sie habe die bestellten Stahlsorten erst anfertigen müssen. Augenfällig kann der in jeder Fabrik vorkommende Umstand, daß die Waaren, welche sie verkauft, in derselben angefertigt werden, über den Charakter des rücksichtlich des Handels mit diesen Waaren abgeschlossenen Rechtsgeschäfts keinen Anhalt geben. Es ist etwas ganz Zufälliges, ob bestellte, nach einer gewissen bekannten feststehenden Sorte verkäufliche Stahlwaaren zur Zeit der Bestellung bereits auf dem Lager sind, oder noch angefertigt werden müssen. Nicht die Anfertigung ist das Objekt der Bestellung, sondern die Erwerbung der angefertigten oder anzufertigenden Waare für einen Preis, mithin dasjenige, was gerade das Essentielle eines Kaufs ausmacht. Die Bestellerin legte auf das vorherige Anfertigen so wenig Gewicht, daß sie sogar hoffte, dasselbe werde nicht nöthig, die Waare werde auf dem Lager sein, wie der Schluß des Bestellungsschreibens ergiebt, in welchem sie die Hoffnung aussprach, mit umgehender Post die Rechnung zu erhalten. Ist hiernach das in dem Schreiben intendirte Geschäft ein Kauf, so fragt sich zunächst, ob dasselbe zu einem Abschlusse gekommen ist. In der Bestellung fehlt es an der Bestimmtheit der bestellten Waare nicht. Der Preis ist nicht angegeben; da es sich aber nicht von einer individuellen Spezies, sondern von einer gewissen nach Fabrikpreisen in Sheffield verkauften Gattung vom besten Gußstahl handelte, so lag eben in der Bestellung ohne Preisangabe, daß der Besteller sich dem für die bestellte Sorte geltenden Fabrikpreise unterwerfen wolle. Dadurch wurde dieser Preis als der für die Bestellung,

---

Antheil nicht feststeht; der Antheil folgt daraus allein nicht, daß Zwei oder Mehrere ohne Bestimmung eines solchen als Miteigenthümer eingetragen sind.

Ueber die §§ 30—33 h. t., Alternativ- und Grundkauf, vgl. Nr. 100 Bd. I S. 434 u. StrA. 4 S. 180 unt. Nr. 71 Bd. I S. 276, namentlich StrA. 67 S. 344 unt. Nr. 100 u. unt. Nr. 118 Bd. I S. 532, 535 über den Einfluß des Ausscheidens aus dem genus und die Bedeutung desselben als Willenserklärung, ferner Nr. 89 Erk. b. Bd. I S. 367. Ueber Kauf einer Quote, eines ideellen Antheils vgl. zu I 17, auch unt. Nr. 134 Bd. I S. 626, 627. Vgl. übrigens auch StrA. 27 S. 149; 59 S. 79 unt. Nr. 194 und über arbiter u. arbitrator Nr. 74 Bd. I S. 286.

Ueber §§ 19, 139 h. t. und ihre Bedeutung für die Frage, ob das Eigenth. des Verkäufers Essentiale des Kaufs vgl. Nr. 76 Bd. I S. 295; Nr. 77 Bd. I S. 298; Nr. 78 Bd. I S. 302, sowie ObTr. 82 S. 177 unt. Nr. 193, wo der Satz, daß Irrth. üb. das Eigenth. des Verkäufers kein wesentlicher, wiederholt ausgesprochen ist. Zu §§ 140—142 h. t. vgl. Nr. 169 Bd. I S. 903. Das ist selbstverständlich nach der Natur der Obligation und bedarf der Begründung aus § 27 h. t. nicht, daß der Eigenthümer den Kaufpreis seiner von einem Andern verkauften Sache vom Käufer aus diesem Kaufvertrage nicht fordern kann, StrA. 72 S. 100 u. 87 S. 99, wo A. die Ernte des B. an C. verkaufte und die Gläubiger des B. den Kaufpreis mit Beschlag belegten. Die Klage des A. gegen sie ist durchgedrungen.

Auf den Kaufpreis und dessen Bestimmung beziehen sich die Erk. b. c. d., ferner Erk. a. Nr. 73 Bd. I S. 283 (Unbestimmth.), sowie StrA. 14 S. 16; 24 S. 304; 100 S. 240 das., Erk. c. Nr. 86 Bd. I S. 339 (Unbestimmth.). Vgl. auch Nr. 73 Bd. I S. 285 u. Nr. 74 S. 286. Auch nach Preuß. R. muß, wie nach gem. R., l. 1 pr. l. 2 D. 18, 1, der Kaufpreis in Geld bestimmt werden, ohne daß dadurch ausgeschlossen, daß neben dem Gelde auch andere Leistungen stipulirt werden, die dann Theil des pret. und wesentlichen Bestandtheil des Kaufvertrages bilden. So StrA. 45 S. 181, wo kein Kauf eines gegen jährl. Zins und jährl. Körnerabgabe eingeräumten Holzleserechts, sondern Miethe angenommen, und ObTr.

ohne daß es einer weiteren Erklärung des Bestellers bedurfte, maßgebend hingestellt. Durch die Faktura hat die Klägerin den Preis der bestellten und verschifften Waare aufgestellt, und es werden gegen diesen Preis von dem Verklagten keine Einwendungen gemacht, es wird vielmehr derselbe ausdrücklich für angemessen erklärt. Uebrigens hat, nach der in dieser Hinsicht nicht widersprochenen und durch das frühere Bestellungsschreiben bestätigten Behauptung der Klägerin, in dem laut Auszuges aus den Handlungsbüchern seit 1841 bestehenden Verkehr mit dem verklagten Geschäfte die Bestellung stets in der gleichen Weise stattgefunden. Ebensowenig, als es zur Fixirung des Preises noch einer Erklärung des Bestellers bedurfte, war eine Erklärung der Klägerin darüber, daß die Bestellung angenommen werde, vor Ausführung derselben zur Perfektion des Geschäfts nothwendig. Die Bereitwilligkeit, eine Bestellung dieser Art auszuführen, an und für sich bei einer Fabrik schon vorauszusetzen, ergab sich im vorliegenden Falle schon aus dem mehrere Jahre vorher bestehenden Geschäftsverkehr der Interessenten. Die Bestellerin hat auch weder in dem ersten Bestellungsbriefe, noch in dem nachträglichen Schreiben eine solche Erklärung über die Annahme der Bestellung verlangt, vielmehr die Mittheilung der Rechnung, also die Ausführung der Bestellung ohne weitere vorgängige Erklärung von Seiten der Klägerin, gefordert, wie dies denn auch dem Handelsgebrauche, vollends bei einem schon bestehenden Verkehre, ganz entsprechend ist.

Es geht hieraus hervor, daß in der Ausführung der Bestellung, in der Ablieferung der bestellten Waare an denjenigen, an welchen sie gesetzlich oder vertragsmäßig abzuliefern war, in einem Falle, wie dem vorliegenden, zugleich die vollendete Perfektion des Kaufgeschäfts selbst von Seiten des Verkäufers liegt. Ist anzunehmen, daß die Waare als bereits dem Verklagten übergeben zu betrachten, so bedarf es gewiß keiner ausdrücklichen Erklärung des Verkäufers mehr, daß er den solchergestalt erfüllten, mithin in seine Bücher hinsichtlich des Preises und der Waare eingetragenen Kauf wirklich abgeschlossen habe. Daher entscheidet über den Zeitpunkt dieses Abschlusses nicht das Datum oder gar der Zugang des Notifikationsschreibens, wodurch die Klägerin den geschehenen Abgang der Waare mit beigefügter Faktura der Be-

---

50 S. 120, wo A. an B. verkauft hatte, im Vertrage der Preis auf 725 angegeben war, die Erben des A. demnächst noch 416 mit der Behauptung einklagten, daß der wahre Preis auf 1141 verabredet. In 2. Instanz behaupteten sie, daß B. diese 416 an den Gläubiger ihres Erblassers habe zahlen sollen, widerriefen aber diesen Auftrag und verlangten direkte Zahlung. Der 2. Richter hielt dies für eine Klageänderung, weil es sich nicht mehr um Zahlung eines Kaufpreises, sondern um eine andere Verpflichtung handele, was offenbar irrig war, da die 416 Kaufpreis, die Abrede nur eine Modalität der Zahlung enthielt. Das ObTr. hat vernichtet. Lediglich der Willkür des Käufers darf die Preisbestimmung nicht überlassen sein, aber eine Uebereinkunft, daß der Preis nicht nothwendig in Geld, sondern z. B. in Aktien einer genau bestimmten, noch zu gründenden Gesellschaft dereinst zu berichtigen, ist statthaft, OHG. 11 S. 225. Auch einer annähernden Bestimmung des Preises mit „etwa" wird nichts entgegenstehn, OHG. 8 S. 209, auch „civiler Preis" muß genügen, und unbedenklich erscheint Erk. d. Ebenso wie dieses auch StrA. 49 S. 323; 60 S. 3. Die Bezahlung des üblichen, angemessenen Marktpreises versteht sich von selbst, wo Sachen Marktpreis haben und bei einem Händler mit solchen Sachen oder Gewerbetreibenden ohne Bestimmung des Preises gekauft werden, § 52 h. t., § 58 I 4; Windscheid 2 § 386_6; OHG. 5 S. 421.

Ueber Simulation des Preises und des Geschäfts und deren Folgen vgl. Nr. 58 u. 59 Bd. I S. 223 und 229; Nr. 89 Bd. I S. 267 und über den Einfl. des § 10 des EigenthGes. unt. Nr. 193.

Auf die Perfektion bezieht sich Erk. d. Perfekt ist der Kauf mit der Willensübereinstimmung über die Essentialien. Vgl. Art. 337 HGB. u. Nr. 75 Bd. I S. 288. Das Erk. d. giebt ein Beispiel der Perfektion ohne ausdr. Erklärung. Wo die Genehmigung eines Dritten erforderlich, um das Geschäft rechtsbeständig zu machen, tritt die Perfektion erst mit der Genehmigung ein, mag sie vorbehalten sein oder nicht. In solchem Falle werden, falls die Uebergabe geschehen, §§ 259, 260 h. t. anzuwenden sein. Ein Beispiel von praktischer Bedeutung s.

stellerin meldete. Daß am 27. Sept. 1853, dem Datum des Schreibens, der Untergang des Dampfschiffes, auf welchem die Waaren aufgegeben und von Hull nach Rotterdam verschifft waren, bereits erfolgt war, steht mithin keineswegs der Perfektion des Kaufgeschäfts entgegen.

Die Klägerin aber genügte ihrerseits allen ihren Pflichten, indem sie den bestellten und gefertigten Stahl von Sheffield auf den Landtransport nach Hull gab und für dessen weitere Verschiffung von Hull nach Rotterdam sorgte. Eine besondere Person zur Ausführung oder eine Art des Transports auf dem Landwege war von der Bestellerin nicht vorgeschrieben, in Ansehung des Wasserweges stellte sich das zwischen Hull und Rotterdam gehende Dampfschiff von selbst als das geeignete Transportmittel dar. Nach den Grundsätzen des ALR. §§ 128, 129 I 11 war mithin die Uebergabe schon vermittelst der Ablieferung der Waare an den Landtransport, vollends durch die Versendung an die von der Bestellerin angegebene Adresse in Rotterdam per Schiff, für vollzogen zu erachten. Der § 130 a. a. O., nach welchem, wenn durch eine solche Uebergabe Eigenthum und Gefahr auf den Käufer übergehen soll, ein unter den abwesenden Parteien völlig abgeschlossener Kaufkontrakt vorausgesetzt wird, kann dem Verklagten nicht zur Seite stehen, da es, wie gezeigt, eben, nachdem Klägerin die Waare angefertigt und abgeliefert, an einem vollständigen Kaufkontrakte nicht fehlt, die Notifikation denselben keineswegs zur Perfektion brachte. Die mit der Perfektion des Vertrages zugleich erfolgte Uebergabe entscheidet mithin, wenn die Grundsätze des ALR. angewendet werden, auch über den stattgefundenen Uebergang der Gefahr auf den Käufer. Daß das Englische Recht, welches, da das Geschäft in England zum Abschluß gekommen und dort zu erfüllen war, Anwendung findet, hiervon abweichende Vorschriften enthält, ist vom Verklagten nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen. Es stimmt aber auch, wie aus John William Smith, Compendium of mercantile law, London 1848 hervorgeht, das Engl. R. in den Grundsätzen überein.

---

in ObTr. 50 S. 126 Erk. c. Nr. 196, wo eine ohne Genehmigung der vorgesetzten geistl. B. der Aufsichtsbehörde verkaufte, zum Pfarrvermögen gehörige Scheune nach der Uebergabe, aber vor der Genehmigung abgebrannt war, die Gefahr deshalb dem Verkäufer blieb, da der Kauf nicht perfekt geworden. Dagegen wird trotz § 258 die Perfektion durch eine beigefügte susp. oder resol. Bedingung nicht aufgehalten, wie aus §§ 1, 79 I 5; §§ 101 ff. I 4 folgt. Vgl. Nr. 68 Bd. I S. 268. Ueber das s. g. pactum de vend. vgl. Erk. a. Nr. 120 Bd. I S. 540, 541.

Die Frage, was als Essentiale zu betrachten, ist namentlich auch für die Anwendung der §§ 127 ff. I 5 über mündl. Nebenabreden von Bedeutung. (Ueber den Einfl. des § 10 EigenthGes. in dieser Beziehung vgl. unt. Nr. 193.) Vgl. darüber Nr. 86 Bd. I S. 339 z. B. StrA. 47 S. 50, 347. (Verzinsung.) Nach StrA. 84 S. 305 soll keine Nebenabrede sein, wenn bedungen, daß der Verkäufer das Kaufgeld zurückzuzahlen hat, falls der Auszügler den Käufer in Anspruch nimmt und das Kaufobjekt deshalb zum Verkauf bringt, nach StrA. 96 S. 300 aber die Abrede über die Zeit der Erfüllung. In diesem Falle war schriftlich stipulirt, daß die Aufl. in drei Monaten zu erfolgen, mündlich verabredet, daß sie nach Entlassung des Ehemannes der Verkäuferin aus der Haft erfolgen solle; dies ist als Nebenabrede für unerheblich erachtet.

Für die Beweislast ist noch zu erwähnen OHG. 24 S. 62. Demnach hat der Verkäufer, der angemessenen oder üblichen Preis fordert, während der Käufer Preisabrede behauptet, die von ihm behauptete Art des Geschäftsabschlusses zu beweisen. Nach StrA. 43 S. 101 soll, wenn der beklagte Käufer behauptet, daß er nicht für sich, sondern für einen Dritten (d. h. im Namen?) gekauft, diese Behauptung beweisen müssen, was nach allgem. Grundsätzen nicht als richtig gelten kann. Vgl. Nr. 69 Bd. I S. 270. In OHG. 8 S. 352; 6 S. 380; StrA. 9 S. 73 ist mit Bezug auf § 310 I 10 AGO. angenommen, daß wenn Preisabrede feststeht, die Höhe aber streitig, der Eid darüber den höheren und niedrigeren Preis umfassen muß (nicht auf ..., und nicht auf mehr als ... verabredet).

Nr. 196. §§ 76, 77, 78—82, 92—94, 95 ff., 124—127, 128—134. Kauf. Wirkung. Pflichten des Verkäufers. (Rechte des Käufers.) Uebergabe. Uebergang der Gefahr. *)

a. Erk. v. 27. Febr. 1868; StrA. 70 S. 98.
b. Erk. v. 27. Sept. 1844; ObTr. 11 S. 239.
c. Erk. v. 11. Mai 1863; ObTr. 50 S. 127.

Im Falle a. hatten bei der Gemeinheitstheilung 13 Kolonisten eine Mergelgrube zum gemeinschaftlichen Eigenthum pro indiviso zugetheilt erhalten. Als einer derselben einen Theil seiner Stelle verkaufte, prätendirte der Käufer das Recht zur Mitbenutzung der Mergelgrube. Die negatoria von 9 Kolonisten gegen ihn ist durchgedrungen. — Im Falle b. hatte A. in nothwendiger Subh. zum Zwecke der Auseinandersetzung einen den Erben B. gehörigen Bauerhof nebst Speicher durch am 11. Sept. 1841 publizirte Adjudikatoria erstanden, nachdem in den Kaufbedingungen stipulirt, dass die Uebergabe acht Tage nach der Publikation der Adjudikatoria erfolgen und mit der Uebergabe die Gefahr übergehen solle. Bereits am 6. Sept. 1841 waren die Wohn- und Wirthschaftsgebäude des Bauerhofs abgebrannt. A. klagte darauf gegen die Erben B. auf Zahlung der Wiederaufbaukosten und des Werths der verbrannten, mitverkauften Ernte. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle c. hatte der Pfarrer Namens der Kirchengemeinde eine zum Pfarrvermögen gehörige Scheune verkauft und übergeben. Die Scheune brannte ab, bevor die zu dem Verkauf erforderliche Genehmigung der vorgesetzten geistl. und weltlichen Behörden auch nur nachgesucht war. Als die Kirchengemeinde den Kaufpreis einklagte, ist die Klage in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Der zweite Richter nimmt an: a) durch den Gemeinheitsaufhebungs-Rezeß erwarben die 13 Kolonisten das ideelle Miteigenthum an der in Rede stehenden Mergelgrube; b) dieses Miteigenthum ist kein persönliches Recht der Kolonisten, sondern ein Pertinenzstück ihrer Grundstücke geworden; c) das Recht

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 389, 390; Dernburg 2 §§ 138, 139, 141; Förster (Eccius) 2 § 125. A. u. C. HGB. Art. 342—344, 351. — Aus dem Begr. und Inhalt des Kaufs folgt als Hauptverpflichtung des Verkäufers die Leistung der zur Eigenthumsübertr. erforderlichen Uebergabe bei beweglichen, der Auflassung bei unbeweglichen Sachen, die in das Grundbuch eingetragen oder eingetragen werden können. Beides gehört zur Erfüllung, nicht zur Gewährleistung. Darüber und daß dies nach §§ 125, 126 h. t. schon für das frühere R., obwohl demnach die Uebergabe auch bei Grundstücken zur Eigenthumsübertragung erforderlich, angenommen, vgl. Präj. 2002; StrA. 2 S. 264; ObTr. 21 S. 18; 37 S. 101; StrA. 68 S. 1, S. 232 unt. Nr. 99 Bd. I S. 427—429, Nr. 192; StrA. 100 S. 107 Nr. 193b. Daß neben der Aufl. auch die Uebergabe zu leisten, wenn der Verkäufer im Besitz, ist gewiß; ist ein Dritter im Besitz, so ist der Käufer durch die Aufl. in den Stand gesetzt, sich den Besitz zu verschaffen, der Verkäufer dazu regelmäßig nicht in der Lage; ist seine Beihilfe dazu nach der konkreten Sachlage möglich oder erforderlich, so hat er sie zu leisten. Kann der Besitz nicht verschafft werden, so wird der Anspr. auf Gewährl. eintreten. Noch anders lag StrA. 79 S. 71, wo A. das Grundstück der Erben B. in nothwend. Subh. Theilungshalber erstanden, die Erben nach dem Zuschlag Inventar fortgeschafft haben sollten und darauf die Klage auf Zurückgewähr gegründet wurde. Beide Instanzen wiesen ab, weil A. Eigenthümer geworden und gegen die einzelnen Besitzer zu vindiziren habe. Das ObTr. vernichtete, weil die Erben ex emto und aus ihrer Handlung zur Uebergabe verpflichtet, die Befugniß zur Vindikation die Klage auf Erfüllung durch Uebergabe nicht ausschließe.

Die Uebergabe muß, um als Erfüllung zu gelten, vollständig geschehn, d. h. die ganze Sache, das ganze Kaufobj. mit dem gesetzlichen oder bedungenen Zubehör leisten, §§ 78 ff. h. t.

auf Benutzung der Mergelgrube ist kein selbstständiges, sondern ein Ausfluß des Miteigenthumsrechts an der Grube; d) das Miteigenthum an der Mergelgrube und das aus diesem Eigenthum abfließende Nutzungsrecht würde bei dem Verkaufe eines — ganzen — Kolonistengrundstücks auf den neuen Erwerber ipso jure übergehen; e) wird aber ein Theil des Hauptgrundstücks veräußert, so geht auf den Erwerber ein verhältnißmäßiger Theil des Pertinenzgrundstücks nicht mit über, sondern dasselbe verbleibt dem Veräußerer ganz; f) wollte man auch das Recht zur Benutzung der Mergelgrube als ein subjektiv-dingliches, an dem ganzen Kolonistengut haftendes Pertinenzstück betrachten, so würde dennoch ein verhältnißmäßiger Antheil dieses Rechts auf den Parzellenkäufer nicht übergegangen sein, weil das Benutzungsrecht überhaupt keine selbstständige Natur hat, sondern aus dem Eigenthumsrecht abfließt.

Die zu entscheidenden Streitfragen sind folgende: 1. Wenn sich zwei unbewegliche Sachen zu einander verhalten wie Hauptsache und Zubehör; es wird aber ein bestimmter quantitativer Theil der Hauptsache verkauft, geht alsdann ipso jure ein verhältnißmäßiger Theil des Zubehörs in das Eigenthum des Käufers über? 2. Ist dies alsdann der Fall, wenn aus dem Eigenthumsrecht auf die Zubehörung bestimmte Nutzungsrechte abfließen, und gehet alsdann ein verhältnißmäßiger Theil dieser Nutzungsrechte auf den Käufer über? Beide Fragen hat der vorige Richter verneint, und mit Recht. Denn die §§ 78—80 I 11 ALR. verordnen zwar, daß der Verkäufer die verkaufte Sache mit allen (bedungenen oder) gesetzlichen Zubehörungen dem Käufer übergeben muß. Allein dies setzt voraus, daß die ganze Hauptsache Gegenstand des Kaufs gewesen ist; ob und welche Zubehörungen der ganzen Sache auf den Käufer eines Theils derselben ipso jure übergehen oder stillschweigend als unter den Kauf begriffen anzusehen sind, darüber enthalten diese Vorschriften nichts. Auch der gleichfalls als verletzt bezeichnete § 107 I 2 ALR. giebt über letztere Frage keine Auskunft. Derselbe besagt nur: Mit der Hauptsache gehet das Recht auf die Pertinenzstücke auf den neuen Besitzer über. Auch andere Gesetze beantworten die oben aufgestellten Fragen nicht. Hiernach aber muß man dabei stehen bleiben, daß als die verkaufte Sache in Fällen der vorliegenden Art nur der in dem Vertrag bezeichnete Theil der Hauptsache anzusehen ist, nicht aber dazu gehörige unbewegliche Sachen oder die Nutzungsrechte, welche aus dem Eigenthum an den letzteren herzuleiten sind.

Ebensowenig ist der Umstand von Einfluß, daß die Mergelgrube und das aus

---

Ueber die Wirkung der Aufl. bezüglich der Bestandtheile und Pertin. vgl. Erk. c. Nr. 193 u. unter Nr. 192, 193. Unter dem Zubehör wird beim Mangel von Vertragsabreden das zur Zeit des geschlossenen Kaufs vorhandene gesetzl. Zubehör, § 107 I 2, verstanden. §§ 78, 81—83, 87, 192—194. Geschlossen ist der Kauf mit der fertigen Willensübereinstimmung und fertig ist dieselbe mit dem auch nur mündlichen Abschluß, selbst wenn schriftl. Konstatirung verabredet oder thatsächlich nachfolgt; was als Objekt gewollt, stellt die faktische Willensübereinstimmung fest, da aus ihr der schriftlich fixirte Wille zu interpretiren. In StrA. 69 S. 133 hatte A. an B. durch notar. Vertr. v. 15. Okt. ein Gut mit Inventar an B. verkauft. Als B. auf Herausgabe eines Pferdes klagte, welches bei der am 11. Okt. erfolgten Besichtigung und mündlichen Kaufabrede als Stück des Inventars vorgezeigt, am 12. Okt. aber von A. weggeschafft war, wandte A. ein, daß nur der 15. Okt. entscheide, ist aber gegen den 2. Richter verurtheilt, weil es darauf ankomme, was nach dem Willen der Kontrahenten Objekt des Vertrages, dafür die mündliche Einigung entscheide, auch wenn nachher ein schriftl. Vertr. geschlossen. Daraus folgt aber nichts dafür, wie es zu halten, wenn ein bestimmter quantitativer (nicht ideeller) Theil der Sache Gegenstand des Kaufes. Die §§ 78 ff. h. t. setzen ebenso wie die Bestimmungen in Tit. 2 voraus, daß die ganze Sache verkauft; wo nur ein bestimmter Theil verkauft, ist dieser Theil Objekt, nicht das Zubehör des Ganzen, wenn der Vertr. nicht das Gegentheil ergiebt. So Erk. a. Dies gilt sowohl für den Fall, daß eine unbewegl. Sache, wie für den Fall, daß ein Nutzungsrecht Zubehör einer unbewegl. Sache. Noch zweifelloser ist, daß blos obligatorische Rechte des Verkäufers nicht auf den Käufer übergehen, darauf beruht der Satz des früheren Rechts, daß die durch mündl. Vertrag vor dem Abschluß des Kaufs abveräußerten und übergebenen, dadurch Eigenth. des Käufers, wenn auch widerruflich gewordenen Trennstücke vom Käufer (Ersteher) des Ganzen nicht zurück-

dessen Eigenthum herstammende Benutzungsrecht der Grube sich nicht im Alleineigenthum des Verkäufers, sondern nur in dessen Miteigenthum befindet.

Implorant leitet noch aus dem Sinn und Zusammenhang der Gesetze den Rechtsgrundsatz ab: Ist das mit einem Grundstück subjektiv-dinglich verbundene Recht an sich mit dem Grundstück theilbar, so gilt dasselbe beim Verkaufe eines Theils des Grundstücks als verhältnißmäßig mit verkauft, sofern etwas Anderes im Kaufvertrage nicht festgesetzt worden; und mit dem verkauften Theile des Grundstücks geht das zu diesem gehörige Recht verhältnißmäßig auf den Käufer über. Aber weder für den vorliegenden Fall, noch in seiner Allgemeinheit kann man einen solchen Rechtsgrundsatz als richtig anerkennen. Daß derselbe aus den von dem Imploranten bezogenen gesetzlichen Vorschriften nicht gerechtfertigt wird, ist schon gezeigt worden. Im Uebrigen aber gehören beständige Geldrenten und andere in fungiblen Sachen bestehende Abgaben nicht selten subjektiv-dinglich zu einem Landgut. Die Anwendung des von dem Imploranten angerufenen Rechtssatzes führt zu der Konsequenz, daß derjenige, welcher ein einzelnes Stück eines derartig mit Geldrenten ausgestatteten Grundstücks erkauft hätte, damit auch ipso jure einen verhältnißmäßigen Antheil an den zum Gute gehörigen Renten müßte erworben haben; ein Satz, welcher sich nicht vertheidigen läßt, aber auch die Unanwendbarkeit der von dem Imploranten prätendirten Rechtsregel in ihrer Allgemeinheit erweist, wobei der Fall außer Betracht zu lassen ist, wenn eine Quote des berechtigten Grundstücks (ein ideeller Theil desselben) veräußert wird.

Wie es sich verhält, wenn ein Theil eines Grundstücks, mit welchem eine Grundgerechtigkeit verbunden ist, verkauft wird, kann hier nicht ausgemacht werden, weil es sich um einen solchen Fall vorliegend nicht handelt.

Gründe: b. Die Entscheidung hängt zunächst von zwei Fragen ab, von denen jede schon für sich den Ansprüchen des Klägers präjudiziell sein kann: 1. ob die Kaufobjekte zur Zeit des Brandes, der sie betroffen, auf Gefahr der Verkäufer standen? 2. wenn dies der Fall ist, welche Ansprüche der Kläger aus diesem Umstande herleiten kann? ad 1. Gesetzlich ist über die Gefahr der verkauften Sache (abweichend von dem röm. R., wenigstens nach der herrschenden und sicher auch richtigen Ansicht von dem Inhalte desselben, wonach die Gefahr mit der Perfektion des Vertrages auf den Käufer übergeht) Folgendes bestimmt: Bei freiwilligen Verkäufen bleibt bis zur Uebergabe der Sache dem Verkäufer Gefahr und Schaden, I 11 § 95, mit Ausnahme des Verkaufs in Pausch und Bogen, bei welchem die Gefahr mit der Unterzeichnung des Kontraktes auf den Käufer übergeht, § 117.

---

zufordern, — ObTr. 6 S. 279; Präj. 852 u. a. unt. Nr. 192 u. unt. Nr. 90 Bd. I S. 377, — ferner ObTr. 83 S. 28, daß der Käufer aus einem vom Verkäufer geschlossenen, nicht erfüllten Miethsvertr. gegen den Miether nicht auf Immission klagen kann, und StrA. 100 S. 349, daß der judikatmäßige Anspr. des Verkäufers aus einer in seiner Besitzzeit erfolgten Besitzstörung oder aus dem Besitz der Sache nicht auf den Käufer übergeht.

Nach §§ 105—108 h. t. bleiben dem Verkäufer die abgesonderten Früchte, soweit sie nicht gesetzlich Pertinenz, sie sind ebenso wie andere Ertragsrückstände, z. B. rückständige vorbedungene Zinsen beim Forderungskauf, selbstständige Werthsobjekte, auf welche der Käufer ohne besondere Uebereinkunft kein Recht hat. Nach OHG. 6 S. 145, 147 gehen deshalb z. B. bei veräußerungsfähigen Papieren Dividenden, die vor dem Verkauf des Papiers (Aktien) fällig geworden, auf den Käufer des Papiers nicht über. Für civile Früchte scheiden §§ 106, 102 zwischen Mieths- und Pachtzinsen, die nach der Zeit des Besitzes des Verkäufers und Käufers getheilt werden, — vgl. Gruchot 23 S. 748 für den Fall der Subhastation, — und anderen Zinsen, Zehnten, Abschoß, Kornpächten der Unterthanen, für welche die Fälligkeit entscheidet. Vgl. Ges.Rev.Pensum 14 Nr. 37, wo § 106 als anomal, § 107 als rationelle bezeichnet, in Erk. d. Nr. 199.

Ueber Ort und Zeit der Erfüllung vgl. Nr. 97 u. 98 Bd. I S. 418, 420. Die Erfüllung muß nach allen bezeichneten Richtungen eine vollständige sein; bei Kauf in genere hat der Käufer, wenn nicht vertragsmäßige Waare geliefert, Klage auf vertragsmäßige Leistung; unvollständige, Theillieferurg braucht er nicht anzunehmen, §§ 270, 271 I 5; § 207 h. t., und selbst wenn er sie angenommen, kann er Nachlieferung oder Ersatz fordern, die Erfüllung seinerseits verweigern. Darüber, daß dieser aus § 270 I 5 folgende Grundsatz bei Er-

Bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen erfolgt dieser Uebergang durch den Zuschlag, näher durch die Publikation des Adjudikationsbescheides, sofern deshalb nichts Besonderes verabredet ist, § 342; AGO. I §§ 52, 61.*)

Unzweifelhaft würde daher, den Mangel vertragsmäßiger Abänderung dieser Bestimmungen vorausgesetzt, im vorliegenden Falle, wo das Adjudikationserkenntniß am 11. September 1841 publizirt worden ist, nachdem am 6. desselben Monats eine Feuersbrunst schon die Wohn- und Wirthschaftsgebäude des verkauften Bauerhofes und die mitverkaufte Ernte vernichtet hatte, dieser Schaden zu einer Zeit eingetreten sein, wo die Verkaufsobjekte noch auf Gefahr der Verkäufer standen. Es fragt sich aber, ob nicht und wie weit jene gesetzlichen Bestimmungen durch Verabredungen bei oder nach dem Verkauf außer Anwendung gesetzt worden sind.

Die Verklagten haben sich auf eine der Kaufbedingungen berufen, wodurch ihrer Behauptung nach die Gefahr schon mit dem Abschluß des Vertrages auf den Käufer übertragen worden sein soll. Es ist die dritte, wonach der Käufer die Grundstücke nebst Zubehör in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befinden würden, ohne Erinnerungen dagegen machen zu dürfen, zu übernehmen hatte. Wäre ihre Auslegung dieser Bestimmung die richtige, so würde sie in Widerspruch mit der sechsten Kaufbedingung stehen, nach welcher die Gefahr ausdrücklich erst am Tage der Uebergabe auf den Käufer übergehen sollte. In diesem Falle würden, da gewiß kein Grund vorliegt, jene erste als die dem Willen der Parteien allein entsprechende, die zweite dagegen, ausdrücklich von der Gefahr sprechende, als einen bloßen Schreibfehler zu betrachten, beide Bestimmungen sich gegenseitig paralysiren und die Frage auf den Boden der gesetzlichen Bestimmung zurückversetzt werden. Aber die Sache steht vielmehr so, daß wenn man auch zugestehen wollte, der allgemein gehaltene Ausdruck der ersten Bestimmung ließe sich auch auf die Frage der Gefahr beziehen, die Regel eintritt: generi per speciem derogatur, über diese Frage also die nachfolgende spezielle Entscheidung derselben die alleinige Norm abgiebt.

Die Verklagten haben aber auch noch eine vor dem Brand außergerichtlich an den Käufer geschehene Uebergabe für den früheren Uebergang der Gefahr angeführt. Der Richter erster Instanz sieht darin eine behauptete Abänderung der bei dem Abschluß des Kaufkontrakts gemachten Festsetzung und hält sie darum theils als

---

*) SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 97 ebenso.

---

füllung in der Hauptsache modifizirt, das Fehlen von Nebenleistungen, Pertinenzstücken, von einzelnen Sachen bei Inbegriff, der Gewährleistung analog behandelt wird, und Retention des entsprechenden Theils der Gegenleistung, compens., Ersatz, Anspruch auf Erfüllung Zug um Zug begründet, vgl. Erk. a. b. Nr. 99 Bd. I S. 424 u. unt. Nr. 99 S. 427—432. Für fehlendes Quantum ist es in § 210 h. t. ausdrücklich vorgeschrieben. Den Beweis der Erfüllung hat der Verkäufer zu führen; dies gilt gleichmäßig für die Leistung in quali und in quanto, und selbst dann, wenn der Kaufpreis in Erwartung der Erfüllung vorausbezahlt und zurückgefordert wird, OHG. 1 S. 166; 2 S. 179; 4 S. 340; 6 S. 267, 272; 11 S. 185 (Manko im Quantum); 21 S. 257; 24 S. 28; auch bei Kauf nach Probe hat der Verkäufer die Probemäßigkeit zu beweisen, wenn der Käufer nicht abgenommen hat und den Preis zurückfordert. Das kann sich dadurch ändern, daß der Käufer dem Verkäufer durch unberechtigtes Verhalten die Führung des Beweises abgeschnitten oder wesentlich erschwert hat, — vgl. z. B. beim Kauf nach Probe unt. Nr. 203, — und ändert sich grundsätzlich, wenn die Leistung des Verkäufers als Erfüllung angenommen und der Klage auf die Gegenleistung der Einwand der mangelhaften Erfüllung entgegengesetzt oder die Klage auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises auf Mängel der Erfüllung gegründet wird. Vgl. unt. Nr. 99 Bd. I S. 432, 433. Namentlich für den letzteren Fall ist dies unzweifelhaft; — vorausgesetzt immer, daß die Zahlung wirklich definitiv zur Lösung der Oblig., nicht in Voraussetzung derselben, als bloße Deckung, als Vorschuß für den Verkäufer geleistet ist, RG. 3 S. 87, wo ausgeführt, daß Zahlung auf Konnossement regelmäßig nur Deckungs- oder Vorschußzahlung ist. Ein Beispiel giebt OHG. 1 S. 166. A. hatte an B. 2 Stück Kreditaktien nebst Koupons verkauft, übergeben, den Preis bezahlt erhalten. Bald darauf klagte B. auf Nachlieferung von

mündliche Nebenabrede zu einem schriftlichen Kontrakt, nach ALR. I 5 § 128, theils als außergerichtliche theilweise Aufhebung eines gerichtlichen Vertrages, nach § 389 eod., für ungültig. Vielmehr aber würde jene Tradition, ihren Beweis vorausgesetzt, statt als Abänderung, als Ausführung der betreffenden Kaufbedingung sich darstellen. Denn wenn gleich diese, allerdings zunächst die in der vorangehenden zweiten Kaufbedingung zugesagte, gerichtliche Uebergabe nach der Adjudikation im Auge hat, so hat diese letztere doch nur den Sinn, die Verkäufer zur gerichtlichen Uebergabe, zugleich aber nicht früher als acht Tage nach der Publikation des Adjudikationsbescheides zu verpflichten; eine frühere und außergerichtliche Tradition nach Uebereinkunft der Parteien ist dadurch nicht ausgeschlossen. Daher muß allerdings jene Behauptung der Verklagten mit dem App.-Richter eventuell für erheblich gehalten werden. Ob jedoch darüber eine Beweisaufnahme zu verfügen ist, das wird von dem Resultat des zweiten, jetzt in Erwägung kommenden Punktes abhängen.

ad 2. Kläger hat seinen Anspruch auf Ersatz des durch den Brand am 6. Sept. 1841 erlittenen Verlustes aus dem von den Verklagten zu tragenden periculum rei venditae abgeleitet. Dadurch wird es nothwendig, auf die Frage einzugehen, welche Bedeutung einer solchen Verpflichtung, die Gefahr zu tragen, beiwohne, welche Ansprüche ein Käufer daraus gegen jenen, und ob er namentlich diejenigen daraus ableiten könne, die der Kläger im vorliegenden Fall erhoben hat.

Die früheren Richter haben über diesen Punkt dadurch hinwegkommen zu können geglaubt, daß sie andere Gründe herbeigezogen haben, auf welche sie ihre Entscheidung basirten. So hat der erste Richter §§ 169—171 I 11 in Anwendung gebracht und dem Käufer die Wahl zuerkannt, entweder von dem Vertrage zurückzutreten, oder den Werth des ihm durch den eingetretenen Zufall entzogenen Bestandtheils der Sache zu fordern. Aber diese Stellen, wie auch der App.-Richter erinnert hat, handeln von der Eviction, also von einem wesentlich verschiedenen Verhältnisse, das mit dem vorliegenden keineswegs unter denselben Gesichtspunkten steht, so daß sie darauf weder direkt anwendbar sind, noch auch eine analoge Anwendung derselben als zulässig erscheint.

Ebensowenig durfte der Fall, um den es sich handelt, unter die Grundsätze von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache gestellt werden, I 11 §§ 192 ff. Das ALR. schreibt ihre Anwendung auch in einem Falle vor, wo ein Theil von der Substanz der verkauften Sache schon zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden war, I 11 § 45; dies geschieht indessen nur für den Fall, daß

---

angeblich fehlenden Koupons ev. Lieferung vollständiger Stücke. Hier ist dem Käufer der Beweis des Fehlens auferlegt.

Die Erfüllung durch Uebergabe ist nach § 95 h. t. namentlich wegen des daran geknüpften Uebergangs der Gefahr auf den Käufer von Bedeutung. Ueber den Begr. der Uebergabe und die verschiedene Gestaltung derselben vgl. die Nr. 134—138 zu I 7 Bd. I S. 625 ff. (ObTr. 11 S. 201 Nr. 135: Uebergabe von Bäumen; ObTr. 48 S. 8 Erk. b. Nr. 137 Bd. I S. 642 Uebergabe von Wolle auf Schafen). Uebergabe ist die faktisch ausgeführte Tradition. In StrA. 10 S. 117 hatte A. an B. sein Gut in P. u. B. verkauft; die Uebergabe sollte binnen 4 Wochen geschehen und notariell verlautbart werden, Lasten und Nutzungen sofort auf den Käufer übergehen, der Käufer berechtigt sein, das Gut sofort zu beziehen und zu bewirthschaften. Der Käufer that dies und blieb auf dem Gute von Sept. bis Nov., verließ es dann und stellte es dem Verkäufer zur Disposition, weil nicht übernommene, angeblich getilgte Hypotheken nicht zur Löschung gebracht. Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises setzte der Käufer entgegen, daß sie unzulässig, weil nicht übergeben. Dies ist verworfen, weil faktisch zur Uebergabe durch den Verkäufer nicht mehr habe geschehen können, als durch das Beziehen und Bewirthschaften des Guts durch den Käufer geschehen. Auch das ist nicht bedenklich, daß Uebergabe durch den Verkäufer an den Käufer seines Käufers im Auftrage des letzteren jedenfalls und auch ohne Auftrag dann genügt, wenn der Käufer dadurch von seiner Verbindlichkeit als Verkäufer befreit; die Uebergabe an den zweiten Käufer ist dann als neg. gestio durch den ersten Verkäufer zu beurtheilen, §§ 7 ff., 148, 228 I 13. So ObTr. 13 S. 168 u. OHG. 9 S. 181. Die bloße nackte Thatsache, daß A. an B., B. an C. verkauft und A. an C. übergeben, wird allerdings nicht genügen, um Erfüllung durch A. an B. darzuthun.

dieser Umstand dem Verkäufer und ihm allein bekannt war, — hier soll der Käufer die Wahl haben, zurückzutreten, oder bei dem Vertrage stehen zu bleiben und die bei der Gewährleistung stattfindenden Ansprüche zu erheben, während, wenn der Mangel beiden Theilen unbekannt war, einfach der Vertrag als nicht geschlossen angesehen wird, § 42. Sollte nun auch der vorliegende Fall unter den Gesichtspunkt eines zur Zeit des Vertrages in Abgang gekommenen Theils der Substanz gebracht werden können, wovon nachher noch die Rede sein wird, so ist doch so viel einleuchtend, daß man hier auf keine Weise von einem nur dem Verkäufer bewußten Mangel sprechen kann, für welchen Fall allein das ALR. die Anwendung der Grundsätze von der Gewährleistung vorschreibt; der Fall müßte vielmehr dem § 42 subsumirt werden, der von einem beiden Kontrahenten unbekannten Abgang handelt.

Einen anderen Weg hat der App.=Richter eingeschlagen. Er glaubt, den Rechtsstreit nach §§ 364 ff., 373 I 5 entscheiden zu können, welche für den Fall einer durch Zufall eintretenden Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, die Aufhebung des Vertrages festsetzen und dasselbe auch dann gelten lassen, wenn zwar nicht die Erfüllung, aber die in dem Vertrage bestimmte Art der Erfüllung durch Zufall unmöglich wird. Wenn indessen auch dem Resultate dieser Entscheidung beizustimmen sein sollte, so kann doch diese Begründung nicht für genügend erkannt werden. Denn abgesehen von der Frage, ob eine Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegt, ferner ob die theilweise Zerstörung des Objekts natürlich als Unmöglichkeit der in dem Vertrage bestimmten Art der Erfüllung aufgefaßt werden mag, so ist bei dieser Begründung die Basis des klägerischen Anspruchs, die Gefahr, welche den Verkäufern oblag, außer Ansatz gelassen. Der Richter durfte sich der Beantwortung der Frage, welchen Einfluß die zu tragende Gefahr habe, auch wenn sie die Entscheidung nicht verändern sollte, nicht entschlagen.

In der Richtung, von der hier die Rede ist, heißt periculum rei im röm. R. das Verhältniß einer Person zu einem zufälligen, die Sache treffenden Schaden, daß sie keinen Ersatz dafür erhält. Dieser Ersatz würde bei einem onerosen Vertrage für den, welcher die Sache geben soll, darin bestehen, daß er die Gegenleistung erhält; für den, der sie empfangen soll, daß er die Gegenleistung nicht zu geben braucht. Wenn also im Gegentheil dieser, z. B. der Käufer, das Periculum trägt, so heißt dies so viel als: er muß den Preis zahlen, ungeachtet des Untergangs oder der Deterioration der Sache; wenn jenem, z. B. dem Verkäufer, die Gefahr auferlegt ist, so hat er keinen Anspruch auf den Preis. Vgl. Wächter im Arch. f. civil. Praxis XV S. 107 ff.

Bei Distancegeschäften ist nach §§ 128 ff. h. t. die Uebergabe vollzogen, wenn die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers oder zur Post, dem Fuhrmann, Schiffer, zum Transport überliefert worden. Nach §§ 130—132 ist aber vorausgesetzt, daß der Kauf vorher perfekt geworden, Erk. d. Nr. 195 u. Erk. c. oben, so daß der Käufer daraus zur Erfüllung verpflichtet, woraus nach StrA. 18 S. 7 u. Präj. 1064 folgt, daß ein mündl. Vertr., der der schriftl. Abfassung bedurfte, nicht genügt, um den mit der Uebergabe verbundenen Uebergang der Gefahr zu bewirken. Das kann aber dann nicht gelten, wenn die Sache dem zur Abnahme für den Käufer Bevollmächtigten übergeben der Art, daß damit die Ablieferung an den Käufer selbst erfolgt. Denn die §§ 128 ff. beruhen, wie sich aus §§ 129, 133 ergiebt, auf der weiteren Voraussetzung, daß der Transporteur für den Käufer den Transport zu besorgen hat. Deshalb finden sie keine Anwendung, einmal, wenn der Bevollmächtigte nicht blos zum Transport, sondern zur Abnahme ermächtigt, was regelmäßig bei der bloßen Transportübernahme (Fuhrmann, Schiffer) nicht der Fall sein wird, — und sodann, — wenn der Fuhrmann, Schiffer, die Post, Eisenbahn, den Transport nicht für den Käufer, sondern für den Verkäufer besorgt, weil der Verkäufer am Bestimmungsorte der Sache zu erfüllen hat, in welchem Falle der Transporteur als Mandatar des Verkäufers auftritt. Die §§ 128 ff. setzen eben Uebergabe am Erfüllungsort voraus, von welchem Ablieferungs= u. Bestimmungsort verschieden sein können, RG. 1 S. 282. An sich folgt aus dem Kauf die Verpflichtung zur Uebersendung nicht, wenn sie auch Sitte ist. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, ist konkret zu entscheiden. Daß die Bestimmung, Verkäufer habe die Kosten des Transports zu tragen, allein nicht geeignet, die Anwendung der §§ 128 ff. auszuschließen, ist in ObTr. 12 S. 200 angenommen. Ebenso OHG. 8 S. 284

Mehr liegt an sich in diesem Periculum. So wenig der Käufer, wenn er die Gefahr trägt, zu einem sonstigen Schadensersatz verpflichtet ist, ebensowenig kann dem Verkäufer mehr als der Verlust des Preises, also etwa ein Ersatz des Schadens aufgelegt werden, obwohl es dem Käufer vielleicht vortheilhafter wäre, die unbeschädigte Sache um den bedungenen Preis zu haben.

Dadurch unterscheidet sich dieses einfache Periculum von der Uebernahme einer Gefahr im Sinne einer Assekuranz und auch von der Verpflichtung zum Schadensersatz aus dolus oder culpa. Daher müßte nach gem. R. der Kläger sicher abgewiesen werden, wenn nämlich durch Vertrag das Periculum des Verkäufers, das sich gesetzlich mit der Perfektion des Kontrakts endigt, bis auf die Zeit der Uebergabe erstreckt worden wäre. Denn auch eine solche Verabredung würde nur von jenem Periculum, nicht von einer Assekuranz verstanden werden können, wie auch im vorliegenden Fall, wo die Gefahrtragung durch Vertrag von dem gesetzlichen Termin des Zuschlags bis zur Uebergabe verlängert worden ist, damit nicht die Natur derselben, sondern nur die Zeit verändert worden ist.

Wie verhält sich nun die Sache nach dem ALR.? Dasselbe giebt die Vorschriften über die Gefahr beim Kauf I 11 § 95 ff., ohne ausdrücklich über die Bedeutung dieser Gefahr „Gefahr und Schaden" sich auszusprechen.

Daß es die Gefahr des Verkäufers wie die eines Versicherers hätte behandeln wollen, ist undenkbar. Ebensowenig ist ersichtlich, daß es den Verkäufer hinsichtlich der Gefahr so stellt, wie wenn er durch seine Schuld den Schaden verursacht hätte. Vielmehr scheidet es diesen Fall aus, indem es sogar für den Fall, wenn durch seine Schuld nicht der Schaden, sondern nur die Verzögerung der Uebergabe veranlaßt ist, eine besondere Bestimmung trifft, § 97; der Verkäufer soll hier zum Schadensersatz verpflichtet sein, und zwar soll er, den allgemeinen Regeln von der Prästation der culpa gemäß, nicht blos für den an der Sache entstandenen Schaden, sondern auch (beim Vorsatz oder groben Versehen) für den dem Käufer entgangenen Vortheil haften.

Eine besondere Entscheidung wird noch dem Fall der zufälligen gänzlichen Vernichtung vor der Uebergabe zu Theil, § 100. Hier soll der Kontrakt für aufgehoben geachtet, der Fall also wie bei einer sonstigen Unmöglichkeit der Erfüllung nach I 5 §§ 364 ff. behandelt werden, worauf denn auch in jener Stelle verwiesen wird. Diese Entscheidung steht aber nicht in innerem Zusammenhange mit der Gefahr, denn auch für den Kauf in Pausch und Bogen, wo der Verkäufer schon

---

(franco Waggon); 14 S. 168; 16 S. 16; 23 S. 87. Hierher gehört auch StrA. 31 S. 353. In diesem Falle hatte A. an B. per Post eine Kruke Lackfirniß versandt, die unterwegs leckte und Waaren verdarb, die C. an D. versandt. Als C. auf Schadensersatz gegen A. klagte, wandte A. ein, daß C. nicht aktiv legitimirt, weil er nicht Eigenthümer, da D. durch die Aufgabe zur Post Eigenthümer geworden. Dies ist verworfen, weil C. vor Abschluß des Kaufvertrages die Kruke auf Gefahr des D. abgesandt. (Ob C. den Anspruch nicht auch ohnedies als neg. gestor. hätte geltend machen können? l. 28 D. 3, 5.) Anders lag OHG. 6 S. 102, 106. Hier war Lieferung franco Salzungen bedungen, vom Verkäufer daneben Garantie für rechtzeitiges Eintreffen übernommen, die Waare von ihm auf eigene Rechnung versichert und die Versicherung bezahlt, Faktura erst während des Transports übersandt. Mit Rücksicht auf diese konkreten Thatsachen ist angenommen, daß nach dem Parteiwillen Salzungen Erfüllungsort. Liegt der Fall der §§ 128 ff. vor, so geht zweifellos das Eigenthum der Sache und die Gefahr mit der Uebergabe an den Transportbevollmächtigten auf den Käufer über, diese Uebergabe ist keine bloße Traditionsofferte, wenn sie auch der Ablieferung nicht absolut gleich steht und für die Prüfung der Empfangbarkeit nicht entscheidet, OHG. 11 S. 327; 10 S. 70; 4 S. 15; 9 S. 80. Deshalb hat der Frachtführer an solcher Sache nicht das ihm nach Art. 313 HGB. zustehende Retentionsrecht wegen Ansprüche an den Verkäufer aus früheren Geschäften, RG. 2 S. 1. Bei Genuskauf ist aber Voraussetzung, daß die Sache durch Ausscheiden species geworden (genus non perit. Nr. 118 Bd. I S. 532) und Voraussetzung überhaupt, daß die Absendung vom Erfüllungsort erfolgt. In OHG. 22 S. 285 hatte A. in Berlin an B. in Görlitz **3** Faß Soda ab Stettin verkauft, **10** Faß von Stettin nach Berlin kommen lassen und abgesandt. Als B. nicht annahm, klagte A. auf Zahlung mit der Behauptung, daß die Soda in Stettin bei

mit dem Abschluß des Vertrages der Gefahr entbunden wird, ist dasselbe festgesetzt, ihn soll auch hier der Verlust treffen, I 11 § 120. Daraus, daß das ALR. die Frage nicht besonders und ausdrücklich entscheidet, ist zu entnehmen, daß man hinsichtlich der Folgen der Gefahr bei dem aus der Natur des Verhältnisses mit Nothwendigkeit folgenden stehen bleiben muß. Dies ist, wie oben angegeben worden: daß der Verkäufer, da ihn, als noch Eigenthümer der Sache, auch die Beschädigung trifft, den Käufer nicht anhalten kann, um den verabredeten Preis die beschädigte Sache zu übernehmen; in welchem Fall eben den Käufer, nicht ihn der Schaden treffen würde. Mehr aber liegt in dem Begriff der dem Verkäufer auferlegten Gefahr nicht; jede weitere Verbindlichkeit desselben wäre ein Zusatz, zu dessen Begründung es einer besondern gesetzlichen oder vertragsmäßigen Festsetzung bedürfte. Ein solcher Zusatz wäre es auch schon, wenn der Verkäufer verpflichtet sein sollte, sich zu einer entsprechenden Herabsetzung des Preises zu verstehen, wenn der Käufer es etwa in seinem Interesse fände, den Vertrag festzuhalten, aber doch nicht den bestimmten Preis zu geben. Eine solche Pflicht spricht das ALR. nirgends als Folge der vom Verkäufer zu tragenden Gefahr aus, und sie muß daher, da sie nicht innerhalb der natürlichen Grenzen der Gefahr liegt, verworfen werden.

Dasselbe Resultat ergiebt sich auch noch aus folgender Erwägung: Der Zustand, daß die Sache auf seine Gefahr steht, dauert für den Verkäufer nach Röm. R. bis zur Perfektion des Vertrages, nach dem Landrecht: 1. bis zu demselben Moment bei dem Kauf in Pausch und Bogen; 2. bis zur Publikation der Adjudikatoria, bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen; 3. bis zur Uebergabe in den übrigen Fällen. Die Bedeutung und Folge der Gefahr ist bei dem einen dieser Zeitpunkte keine andere, als bei den anderen. Wo das ALR. den Uebergang der Gefahr auf den Käufer bis zum Zuschlag oder zur Uebergabe aussetzt, erfindet es für den Verkäufer keine besonderen Verbindlichkeiten; es läßt ihn nur so lange in der Lage, in welcher er nach dem ALR. bei dem Kauf in Pausch und Bogen, nach Röm. R. überall blos bis zum Abschluß sich befindet. Der vorliegende Fall ist sonach dem analog, der in l. 57 pr. D. de contr. emt. behandelt wird: eines Kaufvertrages über ein Haus, das ohne Wissen der Kontrahenten zur Zeit des Abschlusses schon ganz oder theilweise abgebrannt war. Der römische Jurist, der im Allgemeinen für die Ungültigkeit des Kaufes sich entscheidet, nimmt in einem Fall allerdings die Er-

---

der Verladung die bedungenen 90 % Natron gehabt. Dies ist nicht für genügend erachtet, weil der Zeitpunkt der Aussonderung der 3 Faß in Berlin entscheidend, sowohl nach §§ 128 ff. h. t. wie nach dem wesentlich übereinstimmenden Art. 345 Abs. 1, 2 HGB. Ebenso in ähnlichem Falle OHG. 16 S. 50. In OHG. 23 S. 145 hatte A. bei B. 80 Marmorplatten bestellt, B. sandte 70 Stück, darunter 45 bestellte, 25 nicht bestellte, insofern von 2 Sorten statt der bestellten je 12 Stück, je 22 und von 2 nicht bestellten Sorten 5 Stück übersandt waren. Das OHG. deducirte, daß, da bei Genuskauf die Gefahr erst mit der Ausscheidung der species übergehe, bezüglich der beiden Sorten, von denen 22 statt 12 übersandt, Gefahrsübergang nicht stattgefunden habe. Vgl. Dernburg 2 § 138_7.

Andererseits steht aber die Uebergabe im Sinne der §§ 128 ff. der Ablieferung nicht gleich, der Fuhrmann müßte denn eine über die Transportbesorgung hinausgehende Vollmacht haben, OHG. 10 S. 70; RG. 5 S. 28, 31. Darauf weist schon die unt. Nr. 110 Bd. I S. 498 mitgetheilte Entscheidung hin, in welcher angenommen, daß der Verlust des Rügerechts der offenen Mängel der Waare bei Ablieferung an den Fuhrmann des Käufers nicht eintritt, wenn der Fuhrmann nicht zugleich Bevollmächtigter zu Annahme und Empfang. Ebenso OHG. 5 S. 394, 397. Von Bedeutung ist der Unterschied von Uebergabe und Ablieferung namentlich für Art. 347 HGB. u. das Verfolgungsrecht. Die Uebergabe und der Eigenthumsübergang ohne Ablieferung, welche voraussetzt, daß der Verkäufer die Gewahrsam aufgiebt und der Käufer dieselbe zugleich dadurch so erhält, daß er sich einseitig in den faktischen Besitz setzen kann, RG. 5 S. 28, 31, ist etwas Anderes als die Ablieferung. Ohne solche Ablieferung kann der Käufer deshalb die Annahme der Waare ablehnen. Darin kann Annahmeverzug liegen, wenn er zur Annahme verpflichtet, aber daß er dazu verpflichtet, hat der Verkäufer zu beweisen, OHG. 24 S. 28; 2 S. 247, 252; 3 S. 389; 5 S. 396; 6 S. 324, 327; 7 S. 224; 13 S. 365;

haltung des Vertrages an, gegen verhältnißmäßige Minderung des Preises, nämlich wenn nicht der größere Theil des Hauses zerstört ist. Aber, was wohl zu beachten ist, er läßt diese Modifikation der Regel nicht zu Gunsten des Käufers eintreten; nicht diesem, sondern dem Verkäufer giebt er das Recht, den Vertrag unter dieser Voraussetzung bei Kräften zu erhalten.

Das ALR. I 11 § 42 hebt übrigens auch diese Modifikation auf, es verwirft die Unterscheidung zwischen beträchtlicher und unbeträchtlicher Minderung der Sache und läßt immer den Vertrag als nicht geschlossen gelten. Auch dies zeigt, daß die einfache Alternative, den Vertrag aufzugeben oder ihn vollständig beizubehalten, seinem Geiste vollkommen gemäß ist, indem es auch hier, gegen den ausdrücklichen Vorgang des Röm. R., den Anspruch auf eine Modifikation des Vertrages zu vermeiden strebt.

Gründe: c. Der von dem App.-Richter aufgestellte Satz, daß nach den §§ 647, 648, 219, 220 II 11 ALR.*) zur Veräußerung von Kirchenvermögen die Genehmigung der Gemeinde durch ihre Repräsentanten, der Konsens des Patrons und der geistlichen Oberen, resp. der Königlichen Regierung erforderlich ist, und die Feststellung, daß zur Zeit, als die dem Verklagten verkaufte, zum Pfarrvermögen gehörende Scheune abgebrannt ist, die Genehmigung der Kirchengemeinde zu der Veräußerung noch nicht ertheilt worden, ist von den Imploranten nicht angefochten. Der App.-Richter hat angenommen, daß die Gefahr des Unterganges der Scheune der erfolgten Uebergabe ungeachtet auf den Verklagten nicht übergegangen, die Scheune mithin der Klägerin als Eigenthümerin abgebrannt ist und der Verklagte das dafür schuldige Kaufgeld nicht zu berichtigen habe. Die hiergegen gerichteten Angriffe sind theils verfehlt, theils unbegründet.

Die Implorantin legt auf die erfolgte Uebergabe allein Gewicht, während der App.-Richter dieselbe für einflußlos erklärt, weil der Kontrakt v. 4. April 1860 noch nicht perfekt war, als die Uebergabe erfolgte und die Scheune abbrannte. Der von dem App.-Richter zum Grunde gelegte Satz, daß der Eigenthümer die Gefahr des Unterganges zu tragen hat, ist durchgreifend. Es ist bei der Frage, wer den

---

*) Vgl. jetzt Kirchengem. u. SynO. v. 10. Sept. 1873 § 31 Nr. 1; Ges. v. 3. Juni 1876 Art. 21, Art. 24 Nr. 1; V. v. 9. Sept. 1876 Art. 1 Nr. 2, Art. 3 Nr. 4; Ges. v. 7. Juni 1876 § 2; V. v. 27. Sept. 1875.

---

15 S. 52. Das kann anders werden dadurch, z. B. daß nach beendetem Transport, soweit ihn Verkäufer besorgt, die Waare mit Konnossement dem Vertreter des Käufers zum Weitertransport übergeben wird, OHG. 24 S. 28, aber nicht dadurch allein, daß der Käufer vorgeleistet hat, worauf schon oben hingewiesen, OHG. 2 S. 179; 4 S. 340; 6 S. 267, 272; 21 S. 257. In OHG. 7 S. 231 hatte A. in Marienburg an B. in Berlin Wicken verkauft, B. den Preis im Voraus bezahlt, die Waare aber, als sie schimmlig ankam, nicht angenommen, sie aber zur Verhütung weiteren Verderbs verkaufen lassen. Als er die Differenz des Erlöses und des gezahlten Preises einklagte, behauptete A., daß er gesunde Wicken eingesackt und nach 8 Tagen versandt. Der Beweis, daß die Wicken beim Einsacken gesund, genügte nicht, Verkäufer hatte den Beweis zu führen, daß die Wicken beim Absenden gesund, und es ist nur für erheblich erachtet, daß Käufer den Verkäufer angewiesen, die Wicken in den Säcken 8 Tage stehen zu lassen, und daß dies die Gefahr des Schimmelns mit sich führe, in welchem Falle angenommen, daß der Verderb wirklich dadurch herbeigeführt.

Ueber die rechtl. Bedeutung des Uebergangs der Gefahr verhält sich das Erk. b. Wie im röm. R., wo der Käufer die Gefahr von der Perfektion ab trug, dies bedeutete, daß der Verkäufer durch den unverschuldeten Untergang der Sache von seiner Leistung frei wurde, aber das Kaufgeld fordern konnte, so bedeutet für das preuß. R. das peric., welches beim Verkäufer bis zur Uebergabe bleibt, daß der Käufer von seiner Leistung frei wird, während der Verkäufer nach dem Grundsatz von der Unmöglichkeit der Erfüllung, I 5 §§ 364 ff., frei wird. Der Grundsatz des Erk. c. folgt aus dem unt. Nr. 195 Gesagten. Darüber, daß § 95 h. t. durch das EigenthGes. v. 5. Mai 1872 nicht berührt, vgl. RG. 7 S. 241 unt. Nr. 193. Ueber den Einfluß des Verzugs des Verkäufers vgl. §§ 97, 101. Ueber die §§ 109—116 vgl. unt. Nr. 199.

Schaden, der sich durch einen Zufall ereignet, trägt, Hauptgrundsatz, daß ein jeder, welcher an einem Gegenstande Rechte hat, durch den Zufall diese Rechte verliert, sofern dadurch der Gegenstand des Rechtes vernichtet wird, und ganz dasselbe gilt, wenn Personen in vertragsmäßigen noch nicht abgeschlossenen Verhältnissen stehen. (Thibaut, System des Pandektenrechts § 175.) Die Beschwerde rügt die Verletzung des § 95 I 11; sie leitet aus demselben ab, daß mit der Uebergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergehe. Dies Gesetz, welches diesen Satz nicht ausspricht, sondern im Gegentheile bestimmt, daß bis zur Uebergabe der Verkäufer die Gefahr tragen muß, setzt aber einen gültigen Titel voraus, der mit Hinzutritt der Uebergabe das Eigenthum überträgt, § 2 I 10. Hier mangelt jedoch ein gültiger Titel, die Uebergabe kann daher nicht die bezeichnete Wirkung haben und der § 95 I 11 giebt deshalb keinen Anhalt für die Beschwerde, ist von dem App.-Richter auch nicht angewendet und durch Nichtanwendung nicht verletzt. Die Analogie aus dem § 259 I 11 ist nicht unzutreffend. Denn nach § 258 gelangt ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Kaufvertrag nur mit dem Eintritt der Bedingung zur Wirklichkeit; ein Kaufvertrag, zu dessen Gültigkeit die Genehmigung eines Dritten, hier der Kirchengemeinde, erforderlich ist, kann vor erfolgter Genehmigung der letzteren in Beziehung auf den Uebergang des Eigenthums gleichfalls keine Wirkung haben und es liegt kein Grund vor, den Käufer eines solchen Kirchenguts nach erlangter Uebergabe bis zur Beibringung der Genehmigung anders zu behandeln, als den Käufer, welcher vor dem Eintritt einer Suspensiv-Bedingung zum Besitze gelangt ist, nämlich als einen Verwalter fremder Sachen, wie dies nach § 259 l. c. geschehen soll.

Für einen ähnlichen Fall enthält überdies der § 131 I 11 die Bestimmung, daß, wenn die Uebergabe gekaufter Sachen vor völligem Abschlusse des Kaufvertrages erfolgt ist, das Eigenthum und die Gefahr erst von dem Augenblicke an, wo der Vertrag zu Stande gekommen ist, auf den Käufer übergehe. Es folgt auch hieraus für den vorliegenden Fall eine Rechtfertigung des oben aufgestellten Satzes, daß bis zur Beibringung der Genehmigung des Kaufvertrages seitens der Kirchengemeinde derselben die Gefahr verblieben ist und dieselbe den durch den Brand entstandenen Schaden tragen muß. Aus dem § 117 I 11 hat der App.-Richter nur entnommen, daß, wenn bei einem Kaufe in Pausch und Bogen ausnahmsweise die Gefahr schon mit Vollziehung des Vertrages auf den Käufer übergehen soll, ein gültiger Titel vorhanden sein muß und dies ergiebt sich unzweifelhaft aus demselben. Die §§ 11, 12, 185 I 5 sind jedenfalls nicht anwendbar; denn es handelt sich nicht darum, ob der Verklagte an sein Versprechen bis zur Beibringung der Genehmigung der Veräußerung gebunden ist, sondern ob und wann das Eigenthum und die Gefahr des Unterganges der Scheune auf den Verklagten übergegangen ist; zur Zeit des Brandes hatte die Klägerin kein Recht, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen; sie mußte erst die Genehmigung seitens der Kirchengemeinde nachweisen.

Aus diesen Gründen hat die Beschwerde verworfen werden müssen.

Nr. 197. §§ 135, 136—152, 153—163, 164—174, 367—372. Kauf. Wirkungen. Verpflichtung des Verkäufers. Gewährleistung. Eviktion. Umfang der Eviktionspflicht.*)

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 389, 391, 392; Dernburg 2 §§ 148, 149; Förster (Eccius) 1 §§ 84 II, 86. — Ueber die §§ 139, 140—142 h. t. vgl. Nr. 76 Bd. I S. 295, Nr. 77 Bd. I S. 298, Nr. 169 Bd. I S. 903 und Nr. 195 Bd. II S. 63. Eviktion, Entwehrung, liegt nach ALR. wie nach röm. u. gem. R. vor, wenn dem Käufer die übergebene Sache wegen eines Mangels im Recht des Verkäufers, der schon zur Zeit der

a. Erk. v. 18. Febr. 1878; StrA. 98 S. 310.
b. Erk. v. 10. Sept. 1869; StrA. 76 S. 37.
c. Erk. v. 17. März 1859; ObTr. 41 S. 35 (StrA. 33 S. 64).
d. Erk. v. 2. März 1874; ObTr. 72 S. 30 (StrA. 91 S. 148).

Im Falle a. hatte A. ein Grundstück an B. verkauft, in dem Vertrage sich verpflichtet, eine Hypothek von 600 binnen Jahresfrist zur Löschung zu bringen. Ueber das Kaufgeld war quittirt. Die Hypothek von 600 war zur Zeit des Vertragsschlusses bereits ausgeklagt und als das Grundstück auf Grund des Judikats demnächst subhastirt wurde, klagte B. redhibitorisch auf Rückzahlung des Kaufgeldes, wobei er einräumte, dass von dem quittirten Kaufgelde 500 noch nicht bezahlt. Die Klage wurde deshalb in beiden Instanzen abgewiesen. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte A. 1867 ein aus Wohnhaus mit Garten und Acker bestehendes Grundstück verkauft und übergeben. Als sich fand, dass die drei Stuben des Hauses vermiethet und Garten und Acker bis 1871 verpachtet, trat B. zurück und klagte auf Rückzahlung des Kaufpreises. Der 2. Richter wies ab, weil Eviktion nicht vorliege, das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hatte Banquier A. an Banquier B. Eisenbahnaktien im Mai 1855 verkauft, welche als verloren damals bereits aufgerufen waren und im Juli 1855 rechtskräftig amortisirt wurden. Als B., der die weiterverkauften Aktien hatte zurücknehmen müssen, gegen A. auf Ersatz des Interesse ev. Rückzahlung des für die Aktien gezahlten Preises klagte, ist er in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle d. hatte Fiskus an A. ein Grundstück verkauft, von welchem B. einen Theil demnächst in Anspruch nahm und rechtskräftig gegen A. erstritt. A. klagte gegen den Fiskus nicht blos auf Erstattung des Werths der entzogenen Fläche, sondern auch auf Ersatz der Kosten des Prozesses mit B. Letzterer Anspruch ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen.

Gründe: a. Unter der Voraussetzung, daß der Vertrag so abgeschlossen, wie er in der gerichtlichen Urkunde niedergeschrieben worden ist, erachtet dennoch der App.-Richter den Klageanspruch für unbegründet. Er führt aus, daß der von dem Kläger nach dessen eigener Angabe noch verschuldete Kaufgelderrest von 500 Thlrn. nach dem Willen der Kontrahenten sofort habe gezahlt werden sollen, da im Vertrage selbst über dessen bereits erfolgte Zahlung quittirt worden sei. Da Kläger sich also mit dieser Zahlung im Verzuge befinde, so habe er, wegen Mangels der Vertragserfüllung von seiner Seite, auch von dem Verklagten noch nicht die Löschungsbewirkung bezüglich derjenigen Hypothek beanspruchen können, durch deren exekutivische Beitreibung die Subhastation veranlaßt worden sei, zumal dem Verklagten nach Inhalt des gerichtlichen Vertrages eine einjährige Exnexuationsfrist gestattet worden sei. Kläger habe mithin durch eigene Säumigkeit die Subhastation verschuldet. Diese Annahme ist eine rechtsirrthümliche.

Der Verklagte hat nicht behauptet, daß er den Kläger davon, daß die fragliche Hypothek von 600 Thlrn. bereits gekündigt und ausgeklagt war, beim Abschlusse des Vertrages in Kenntniß gesetzt habe. Er behauptet freilich, daß dieser Umstand

---

Uebergabe vorhanden, entzogen wird. Ueber diese allgem. Voraussetzungen vgl. unt. Nr. 117 Bd. I S. 523 u. unt. Nr. 109 Bd. I S. 490. Entwehrung vor der Uebergabe oder Aufl. ist nur gegen den Verkäufer möglich und fällt dem Käufer gegenüber unter den Gesichtspunkt der Nichterfüllung oder Unmöglichkeit der Erfüllung. Wenn der Mangel im Rechte des Auktors vor der Uebergabe bez. Aufl. nur hervortritt, § 222 h. t., wird der Käufer die Uebergabe (Aufl.) als Erfüllung regelmäßig nicht anzunehmen brauchen, ohne daß aber daraus das Recht zum Rücktritt folgt, Nr. 99 Bd. I S. 424 Erk. d.

Daß der Mangel im Recht des Verkäufers nicht blos Mangel im Eigenthum, fremdes Eigenthum, sondern auch ein fremdes Recht anderer Art sein kann, welches den Besitz entzieht, Erk. a. u. b., stimmt mit dem röm. u. gem. R. überein, und ist auch in dem PlBeschl. ObTr. 22 S. 145 (StrA. 4 S. 328) Nr. 104 Bd. I S. 461, 464 bereits angedeutet. Ebenso wie Erk. a. lag der Fall StrA. 32 S. 125. A. hatte Holz auf dem

dem Kläger damals bekannt gewesen sei. Letzterer hat dies jedoch bestritten, und so lange Verklagter diese Wissenschaft nicht bewiesen hat, muß das Nichtwissen des Klägers vermuthet werden. Dann aber kann der Verklagte sich zur Rechtfertigung der Nichtbefreiung des Grundstücks von der mehrgedachten Hypothek nicht auf die ihm im Vertrage bewilligte einjährige Exnexuationsfrist berufen. Er blieb immer verpflichtet, dem Kläger als Käufer zufolge Bestimmung der §§ 135, 136 I 11 ALR. das verkaufte Grundstück so zu gewähren, daß dieser dasselbe als sein Eigenthum besitzen und benutzen konnte, und mußte ihn insbesondere auch gegen die Ansprüche eines Dritten auf dasselbe vertreten, §§ 318, 320, 323 I 5 ALR. Zu solchen Ansprüchen gehören auch diejenigen eines Hypothekengläubigers, und die als Folge schuldbarer Unterlassungen des Verkäufers geschehene Einleitung und Durchführung einer nothwendigen Subhastation ist eine wirkliche Entwährung des Kaufobjekts, für welche der Verkäufer den Käufer nach § 136 a. a. O. verantwortlich ist.

Es kann dem App.-Richter zugegeben werden, daß der Kläger den geständlich noch schuldigen Kaufgelderrest von 500 Thlrn. sofort zu zahlen vertraglich verpflichtet war, sich mithin seinerseits im Zahlungsverzuge befand. Wenn mithin der Betrag dieser Schuld ausgereicht hätte, den Gläubiger der ausgeklagten Hypothek wegen Kapital, Zinsen und Kosten zu befriedigen, so hätte der Verklagte immerhin erwarten können, daß der Kläger selbst durch Verwendung des von ihm noch verschuldeten Betrages die Subhastation zurückbringen werde. Der sich durch die entsprechende Unterlassung dann in eigener Schuld befindende Kläger würde selbst die nachtheiligen Folgen derselben tragen müssen (vgl. ObTr. 37 S. 99). Der gedachte Kaufgelderrückstand genügte aber nicht einmal zur Deckung des eingetragenen Kapitalbetrages. Ohne die schwebende Subhastation hätte Verklagter allenfalls die Erfüllung jener vertraglichen Exnexuationspflicht sogar über die ihm gewährte einjährige Frist hinaus zu einem entsprechenden Betrage weigern können. Die dem Kläger drohende Gefahr einer Entwährung als Folge der Nichtbefriedigung eines Realgläubigers, der zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits ein vollstreckbares Judikat erstritten hatte, war Verklagter bei voller eigener Verantwortlichkeit zu beseitigen verbunden. Der dies verkennende App.-Richter hat sich mithin der Verletzung der §§ 135, 136 I 11; §§ 318, 320, 323 I 5 ALR. durch Nichtanwendung sowie des § 271 I 5 ALR. durch unpassende Anwendung schuldig gemacht. Demgemäß war sein Erkenntniß zu vernichten.

Bei freier Beurtheilung ist zunächst anzuführen, daß der über die Wissenschaft des Klägers von der erfolgten Kündigung und Ausklagung der Hypothek vernommene Zeuge Entsprechendes nicht hat bekunden können. Demnächst ist es unbedenklich, daß der Verklagte die von ihm behaupteten, von dem Inhalte der gerichtlichen Kaufurkunde abweichenden Vertragseinreden zu beweisen hat. Von diesen ist in erster Reihe die Behauptung erheblich, es sei die mündliche Vereinbarung dahin gegangen, daß Kläger in Anrechnung auf den 1100 Thlr. betragenden Rest des Gesammtpreises für alle drei Grundstücke die den gleichen Betrag ausmachenden beiden Hypotheken (500—600 Thlr.) als Schuldner übernommen habe. Ob eine

---

Stamme an B. verkauft und symbolisch übergeben, ObTr. 11 S. 201 Nr. 135 Bd. I S. 632. Als das Grundstück vor dem Abholzen subhastirt und das stehende Holz aus dem Hypothekenrecht des betreibenden Hypothekengläubigers auf den Ersteher als Eigenthum mit überging, — vgl. ObTr. 2 S. 383 zu I 20; EigenthGes. § 30, — drang B. mit der Klage auf Entschädigung durch, ohne daß es darauf ankam, ob er die Belastung mit Hypotheken gekannt. In dem im Erk. a. angezogenen Falle ObTr. 37 S. 93 ist aber zugleich darauf hingewiesen, daß Eviktion in Folge fremden Eigenth. und in Folge Geltendmachung eines Hypothekenrechts nicht durchweg gleichartig zu behandeln, daß namentlich die wesentliche Bedingung jeder Eviktionsforderung, daß der Geber, nicht der Empfänger schuld an der Eviktion, § 320 I 5, zu beachten, was auch in dem Erk. a. von Bedeutung war. In dem Falle hatte A. sein Bauergut gegen 2 Häuser des B. vertauscht, B. 500 baar an bestimmtem Tage zu zahlen, A. in 2 Jahren die Hypotheken auf dem Gute mit Ausnahme der von B. über-

solche Vereinbarung als mündliche Abrede neben dem gerichtlichen Vertrage im Sinne des § 128 I 5 ALR. anzusehen sein würde, braucht nicht untersucht zu werden, da die Berufung des Klägers auf diese rechtliche Qualifikation sich gegenüber dem Einwande des Verklagten, daß nach jener Abrede zur Befriedigung der Subhastations-Extrahenten nicht er, vielmehr der Kläger selbst sich verpflichtet habe, bezüglich der Frage über die Verschuldung der eingetretenen Entwährung sich als eine dolose charakterisirt. In der That hat der Zeuge die mündlich vereinbarte Uebernahme der gedachten beiden Hypotheken seitens des Klägers in Anrechnung auf den Gesammtpreis bekundet. Da der Zeuge aber von Vorgängen spricht, die sich etwa 4 Wochen vor Errichtung der gerichtlichen Verträge zugetragen haben, bei der letzteren aber das Vertragsverhältniß durch die Auflösung des Gesammtvertrages in drei selbstständige Einzelverträge eine wesentliche Veränderung erlitten hat, so kann nicht ohne Weiteres vermuthet werden, daß die Kontrahenten an ihrer früheren, mit dem Inhalte der gerichtlichen Urkunden nicht übereinstimmenden, unter anderen Umständen getroffenen Abrede festgehalten haben. Durch die Aussage ist mithin für den Einwand des Verklagten nichts bewiesen. Letzterer hat aber die Instrumentirung der über seine Exnexuationspflicht sich verhaltenden Bestimmungen für irrthümlich erklärt, da er die in den Kaufurkunden enthaltenen Quittungen über die erfolgte Zahlung der Kaufpreise eben deshalb erklärt, weil Kläger sich mündlich zur Bezahlung der beiden Hypotheken verpflichtet, Verklagter dagegen nur versprochen habe, diese Posten nach ihrer durch den Kläger bewirkten Bezahlung, sowie auch eine dritte eingetragene, vom Kläger nicht übernommene Hypothek löschen zu lassen. Diese Behauptung bezieht sich unmittelbar auf den Zeitpunkt des Abschlusses der gerichtlichen Verträge und steht mit dem Inhalte derselben im Zusammenhange. Der Eid darüber muß mithin nach vorheriger, unter Zuziehung beider Theile zu bewirkender Normirung abgenommen werden. Wird die unter Beweis gestellte Thatsache durch Nichtleistung des Eides festgestellt, so folgt daraus, daß der Verklagte durch die Nichtbeseitigung der Subhastation dem Kläger gegenüber nichts verschuldet hat, da er erwarten durfte, daß der letztere den, wenn auch nur mündlich übernommenen Verpflichtungen genügen werde. Kläger muß dann mit seiner Gewährsklage abgewiesen werden.

Wird dagegen die Behauptung des Verklagten durch Eidesleistung widerlegt, so wird die weitere Behauptung desselben erheblich, daß Kläger, der die Subhastation gewünscht, selbst deren Herbeiführung mit dem Extrahenten vereinbart habe. Darüber, sowie über die damit in Verbindung gebrachten Nebenumstände muß daher im Eidesleistungsfalle der angetretene Beweis erhoben werden. Wird derselbe erbracht, so ergiebt sich gleichfalls die Hinfälligkeit der erhobenen Klage.

Gründe: b. Der App.-Richter spricht dem Kläger die Befugniß ab, vom Kaufvertrage zurückzutreten. Er sagt: ein Fall der Eviktionsleistung, §§ 154 ff., 164 ff. I 11 ALR. liege nicht vor, denn darunter verstehe man bei Käufen die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer dafür Ersatz zu leisten, wenn demselben wegen eines mangelhaften Rechts des Verkäufers die verkaufte Sache selbst ganz oder zum Theil durch einen Dritten abgestritten wird. Aber

---

nommenen zur Löschung zu bringen. Als das Gut wegen einer nicht übernommenen Hyp. von 230 zur Subh. gebracht wurde, klagte B. auf Entschädigung, wurde aber abgewiesen, weil er von den seinerseits baar zu zahlenden 500 trotz Klage des A. nur 236 gezahlt, also noch 264 in Händen hatte, mit denen er die Hyp. von 230 hätte zahlen und die Subh. abwenden können. Vgl. auch den Fall ObTr. 37 S. 101 unt. Nr. 99 Bd. I S. 428. Wenn der Käufer die nicht übernommene Hyp. zur Abwendung der Eviktion zahlt, oder die evinzirte Sache bezahlt und so behält, hat er natürlich Anspr. auf Ersatz durch Zahlung oder comp. mit seiner Kaufgelderschuld, StrA. 89 S. 163 unt. Nr. 198a.

Wie ein Pachtrecht, Erk. b., kann auch ein Nießbrauchrecht, ebenso ein Vorkaufsrecht zur Eviktion und zum Anspr. aus Eviktion führen; vorausgesetzt ist auch dabei, daß der Käufer es nicht gekannt. Deshalb ist der Eviktionsanspruch abgelehnt in ObTr. 15 S. 147 u. StrA. 58 S. 184. In ersterem Falle hatte A. ein pommersches Lehngut an B. verkauft,

auch die unter dem Marginal „Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten" in den §§ 175 ff., insbesondere in dem § 188 daselbst enthaltenen Bestimmungen fänden hier keine Anwendung. Denn darunter seien Reallasten oder beständige Lasten und Abgaben zu verstehen, die zeitweise Verpachtung involvire aber keine dauernde Belastung des Grundstücks und berechtige den Kläger nicht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten. Diese Rechtsanschauung ist eine zu enge und irrige. Sieht man zunächst von dem vorliegenden konkreten Falle ganz ab, so liegt es im Wesen der zweiseitigen Verträge, daß der Uebernehmer einer Sache das als vorhanden voraussetzt, was gewöhnlich angenommen wird, und danach seine Gegenleistung bemißt. Das ALR. rechnet die Leistung der Gewähr zur Erfüllung eines Vertrages, § 317 I 5. Er stellt im § 318 daselbst den allgemeinen Grundsatz auf: „Bei allen lästigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze oder Verabredungen ein Anderes mit sich bringen, muß ein Theil dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und nach dem Inhalt des Vertrages bedienen könne", und schreibt für den Kaufvertrag insbesondere im § 135 I 11 vor: der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß dieser dieselbe bedungenermaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne.

An diese allg. Grundsätze reihen sich die einzelnen Bestimmungen über die Gewährspflicht in den §§ 319—348 I 5 und in den §§ 136—214 I 11. Dieselben behandeln die Gewähr für Ansprüche Dritter an die Sache und für Fehler der Sache ohne strenge Sonderung und Folgeordnung. Der Anspruch des Dritten hat entweder das Eigenthum der Sache, und zwar der ganzen Sache, oder eines Theils derselben, oder ein einzelnes die Sache belastendes dingliches Recht zum Gegenstande. Die Vorschriften über die Gewähr für Ansprüche der letzteren Art sind unter dem Marginale „wegen der Sache anklebender Lasten", „für die auf der Sache haftenden Lasten" in den §§ 333—336 I 5 und in den §§ 175—191 I 11 enthalten. Unter Lasten versteht das Gesetz die auf der Sache haftenden, auf jeden Besitzer übergehenden dinglichen Verpflichtungen. Dies ist nach der von Bornemann in seinem Syst. des Preuß. Civilrechts in dem Abschnitt über die Pflicht zur Gewährleistung mitgetheilten Entstehungsgeschichte unzweifelhaft. Suarez bemerkt auf die Erinnerungen gegen den Entwurf: wenn ein Dritter einen Anspruch an die Sache hat, so will er a) entweder die Sache selbst ganz oder zum Theil an sich nehmen, oder b) er behauptet, daß ihm ein jus in re zukomme.

In dem Falle unter b klebt der Sache eine Last an und davon disponirt § 246. Es ist also unrichtig, daß diese species der Eviktionsleistung hier ganz übergangen wäre 2c. An Stelle des § 246 des Entwurfs, welcher lautete: „Besteht der Fehler einer Sache nicht in dem Mangel einer Eigenschaft, sondern in einer ihr anklebenden Last, so muß das Recht des Empfängers, Vergütung dafür zu fordern, nach den §§ 195—200 angenommenen Grundsätzen (von dem Einfluß des Versehens) beurtheilt werden", — wurden in Folge eines ferneren Moniti, daß die Bezugnahme auf die Grundsätze von der praestatio culpae nicht passend sei, die §§ 333—336

---

für den der Besitztitel berichtigt. Als ein Lehnsagnat sein (inzwischen durch Ges. v. 2. März 1850 § 2 Nr. 6, § 4 aufgehobenes) agnatisches Vorkaufsrecht geltend machte und B. zur Herausgabe verurtheilt wurde, ist B. mit dem Eviktionsanspr. gegen A. abgewiesen, weil ihm das Gut als Lehnsgut verkauft, die Lehnsqualität eingetragen war, und deshalb anzunehmen, daß die Möglichkeit der Geltendmachung des Vorkaufsr. bei dem Kaufpreise in Anschlag gebracht, §§ 539 ff. h. t. In StrA. 58 S. 184 hatte A. das mit einem vertragsmäßigen Vorkaufsr. belastete Gut an B. verkauft, ohne daß dem Berechtigten Anzeige gemacht, B. es dann an C. zu höherem Preise verkauft, der es an den Vorkaufsberechtigten gegen den niedrigeren Preis herausgeben mußte. Die Klage des C. gegen B. ist hier abgewiesen, weil dem C. das Vorkaufsrecht und daß dem Berechtigten keine Nachricht von dem Verkauf gegeben, bekannt gewesen war.

Auch der Fall StrA. 46 S. 100 würde unter die Eviktion fallen können. A. hatte ein Grundstück an B. verkauft, auf welchem die Verpflichtung eingetragen, dem C. ein bestimmtes

eingeschoben. Durch den Ausdruck Last im § 333 I 5 und in den §§ 175 ff. I 11 sollte hiernach das von einem Dritten beanspruchte jus in re bezeichnet werden.

Nun gewährt die Pacht ein eingeschränktes Nutzungsrecht, §§ 1, 227, 259 I 21 ALR. Befindet sich der Pächter im Besitz der gepachteten Sache, so hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts, der Käufer tritt in den vom Verkäufer vorher mit dritten Personen abgeschlossenen, durch Uebergabe vollzogenen Pachtvertrag ein, §§ 135—137 I 2, §§ 2, 3, 7—19, 358 I 21. Es muß daher auch die Gewährleistung für ein durch Uebergabe dinglich gewordenes Pachtrecht an der verkauften Sache nach den Vorschriften in den §§ 333 ff. I 5 und den §§ 175 ff. I 11 ALR. beurtheilt werden. Eine beständige, dauernde Belastung der verkauften Sache wird in diesen §§ nicht vorausgesetzt. Das Präj. Nr. 1757 (PräjS. I S. 51), welches den Rechtssatz ausspricht: „Zu den Privatschulden und Verbindlichkeiten, die der Verkäufer allemal vertreten muß, wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat, gehören die Verbindlichkeiten aus Verpachtungen nicht. Damit der Verkäufer von der Vertretung befreit bleibe, genügt es, daß dieselben vor Abschluß des Kontrakts dem Käufer bekannt gewesen sind", steht mit dem Obigen in Einklang. Es stellt das Pachtverhältniß nicht unter § 184, sondern unter den § 183 I 11 ALR.

Die Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung für ein bestehendes Pachtverhältniß läßt sich aber auch schon aus den allg. Bestimmungen im § 318 I 5 und § 135 I 11 und aus den Vorschriften über die Gewähr für Fehler (vorbedungene oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften) herleiten. Der Verkäufer soll dem Käufer die Sache so gewähren, daß er sich derselben nach der Natur und dem Inhalt des Vertrages bedienen, dieselbe bedungenermaßen besitzen, nutzen und darüber verfügen könne. Der Käufer wird gewöhnlich voraussetzen, daß er ein erkauftes Grundstück selbst in Besitz nehmen und nutzen könne. Durch den Pachtbesitz eines Dritten wird er hierin gehindert. Dies Pachtverhältniß, wie jede auf der Sache ruhende Einschränkung oder Belastung, macht die Sache, die der Käufer ausdrücklich oder stillschweigend als davon befreit angenommen hat, zu einer fehlerhaften. Eine Sache ist fehlerhaft, wenn ihr die ausdrücklich vorbedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften mangeln. Der Gebrauch, der Nutzen, der Werth einer Sache wird nach der Natur und dem Inhalt des Vertrages für den Uebernehmer durch deren Eigenschaften bedingt. Entspricht die Sache nicht der ausdrücklichen oder stillschweigenden Voraussetzung des Uebernehmers in ihrer natürlichen Beschaffenheit, so ist sie physisch fehlerhaft, hat die Sache in Bezug auf ihr Verhältniß zu andern Sachen oder Personen, auf ihre Befugnisse und Verpflichtungen nicht die vorausgesetzten Eigenschaften, so ist sie juristisch fehlerhaft. Ein Grundstück, das als pachtfrei gekauft ist, gleichwohl sich im Pachtbesitz eines Dritten befindet, erscheint als fehlerhaft. Die Gewährleistung für solche juristische Fehler regelt sich, soweit dabei lediglich das Verhältniß des Uebernehmers zu dem Geber in Betracht kommt, nach den Vorschriften über die Gewähr für natürliche Fehler, oder, wie das ALR. diese bezeichnet, für fehlende Eigenschaften, § 335 I 5; §§ 188, 198 I 11, während das Verhältniß

Stück Land zur Anlegung eines Weges auf Verlangen unentgeltlich abzutreten, ohne daß A. dem B. dies mitgetheilt hatte, wie B. behauptete. Das Recht des A. an dem Landstück war durch das Recht des C. resolutiv bedingt und sobald C. von seinem R. Gebrauch machte, würde der Fall der Eviktion eingetreten sein. Konkret handelte es sich darum nicht, sondern um die Frage, ob B. von A. Befreiung von der Verpflichtung ev. Entschädigung fordern konnte, was unter der Voraussetzung, daß dem B. nicht Kenntniß von der Beschränkung gegeben, bejaht ist, § 183 h. t.

Voraussetzung ist, daß der Käufer durch einen Mangel im Recht seines Auktors zur Zeit der Uebergabe seines Rechts verlustig gegangen. Beispiele, wo kein solcher Mangel bez. der Mangel nicht zur Zeit der Uebergabe bestand, sind unt. Nr. 117 Bd. I S. 523 angeführt; ebenso Erk. b. Nr. 196, das Erk. a. Nr. 109 Bd. I S. 490 u. das Erk. b. oben. Zu dem Erk. b. vgl. die Erk. unt. Nr. 117 Bd. I S. 529—561. Ebenso wie Erk. b. namentlich OHG. 5 S. 234; 11 S. 45—47; 14 S. 229; 16 S. 25.

zu dem Dritten die Anwendung der Vorschriften in den §§ 143 ff. I 11 bedingt (§ 191 a. a. O.).

Hiernach muß die Frage, ob der Verkäufer wegen eines bestehenden Pachtverhältnisses Gewähr zu leisten habe, nach den Bestimmungen in den §§ 325 ff. I 5 und den §§ 175—198 I 11 beurtheilt und nicht, wie vom App.-Richter geschehen, schlechthin verneint werden.

Faßt man nun den vorliegenden Fall in's Auge, wo eine kleinere bäuerliche Besitzung, bestehend aus Wohnhaus mit Stall, Garten und 5½ Morgen Ackerland, verkauft ist, und so viel feststeht, daß der Obstgarten und das Ackerland sich im pachtweisen Besitz eines Dritten auf mehrere Jahre hinaus befinden, so ist zwar nicht vom Kläger behauptet, daß die Pachtfreiheit vorbedungen sei, eine Verpachtung der Ländereien bei solchen kleinen Stellen aber ungewöhnlich. Der Besitzer bewirthschaftet dieselbe in der Regel selbst und gewinnt daraus seinen Unterhalt. Ebenso ist von dem Käufer einer solchen Stelle anzunehmen, daß er sie selbst bewirthschaften und nutzen will. Das Pachtverhältniß hindert ihn, sich des Grundstückes so zu bedienen, wie er bei Abschluß des Kaufvertrages voraussetzen durfte und stillschweigend vorausgesetzt hat. Der durch Uebergabe vollzogene Pachtvertrag begründet hier eine auf dem Grundstück ruhende Verbindlichkeit, welche eine ungewöhnliche ist, und zugleich den Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft. Der Käufer hat sich, sofern er das Pachtverhältniß nicht gekannt, in Bezug auf eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft in einem Irrthum befunden, und auf diesem Irrthum beruht sein Gewährsanspruch, §§ 329, 335 I 5; §§ 81, 82 I 4 ALR. Ob nun dieser Gewährsanspruch zum Rücktritt vom Vertrage oder auch zur Entschädigung berechtigt, ist, so verordnet § 188 I 11, nach den allg. Grundsätzen im Tit. 5 §§ 319 ff. zu entscheiden. In dieser Beziehung kommt hier in Betracht, daß, wenn auch nicht das ganze verkaufte Grundstück, sondern nur der Obstgarten und das Ackerland verpachtet sind, diese doch nach den eigenen Angaben des Verklagten einen Hauptbestandtheil ausmachen. Denn der Verklagte veranschlagt den nach Abzug der Lasten verbleibenden Reinertrag der verpachteten Realitäten auf mindestens 50 Thlr. jährlich, während der Kaufpreis für das ganze Grundstück nur 785 Thlr. beträgt. Die bis Michaelis 1871 laufende Pacht beeinträchtigt, zumal der Pachtzins nur 8 Thlr. jährlich beträgt und für die ganze Zeit im Voraus bezahlt sein soll, offenbar den vom Käufer beabsichtigten Zweck des Vertrages, vereitelt auf einen langen Zeitraum den vertragsmäßigen Gebrauch des ganzen Grundstücks, § 341 I 5. Der Kläger würde gewiß auf das Kaufgeschäft sich nicht eingelassen haben, wenn ihm das bestehende Pachtverhältniß bekannt gewesen wäre. Unter diesen Umständen muß dem Kläger nach den §§ 331, 335, 341 I 5 und den §§ 188, 197, 198 I 11 der Rücktritt von dem Vertrage offen stehen.

Hierbei wird jedoch unterstellt, daß dem Kläger das Pachtverhältniß nicht vom Verklagten angezeigt, oder sonst ihm bekannt geworden war. Denn seine Kenntniß von dem Pachtrecht des K. würde jeden Gewährsanspruch ausschließen, §§ 183, 198 I 11; §§ 329, 330, 335 I 5; Präj. Nr. 807 und 1757.

Gründe: c. Zunächst muß die, in der Klage nicht sowohl als Behauptung, wie als Möglichkeit hingestellte Bemerkung, daß der Verklagte den Klägern das

---

Voraussetzung des Evittionsanspruchs ist ferner nach §§ 143, 144 h. t., wie im röm. u. gem. R., l. 21 § 2; l. 24, l. 28, l. 49, l. 56 § 1 D. d. ev.; l. 17 D. d. ev., regelmäßig, wenn der Anspruch des Dritten nicht unstreitig, daß der Käufer im Rechtsstreite mit dem Evinzenten (ein solches ist z. B. das Amortisationsverfahren nicht) unterlegen ist, und zwar ohne sein Verschulden. Solches kann in dem Unterlassen der Zuziehung des Auktors liegen, wenn dieselbe ein anderes Resultat herbeigeführt hätte. Ausgeschlossen wird jetzt nach §§ 65, 71 CPO. der Beweis des Verschuldens, wenn der Auktor rechtzeitig zugezogen ist. Das bloße Auftreten eines Dritten mit Ansprüchen berechtigt danach jedenfalls nicht zum Evittionsanspruch. Vgl. StrA. 29 S. 166 u. a. unt. Nr. 198b. zu §§ 221 ff. h. t. und ObTr. 74 S. 240 (StrA. 93 S. 202) zu §§ 420 ff. h. t. (Cession). Nach § 147 h. t. ist aber die Möglichkeit des Vergleichs vorausgesetzt, für Preuß. R. deshalb auf der absoluten Nothwendigkeit vorangegangenen Prozesses mit dem Dritten nicht zu bestehen, Förster

Aufgebot der in Rede stehenden Aktien vorsätzlich verschwiegen haben könne, außer Betracht bleiben, da der Verklagte, um das Aufgebot gewußt zu haben, ausdrücklich bestritten hat, und ein Beweis für diese seine Wissenschaft von den Klägern nicht angetreten ist. Es kommt daher nur darauf an, ob und inwieweit die Vertretungs-Verbindlichkeit des Verklagten dadurch begründet wird, daß er nicht dafür Sorge getragen hat, den Klägern beim Verkaufe der Aktien von deren Aufgebote Kenntniß geben zu können.

Nach der Ansicht der Kläger soll sich 1) der Verklagte dadurch, daß er von dem Aufgebote der Aktien keine Kenntniß genommen, eines groben Versehens schuldig gemacht und hierdurch seine Pflichten bei Abschließung des Vertrages gröblich verletzt haben, woraus nach § 285 I 5 ALR. seine Pflicht zur Vergütung des ganzen Interesse folge.

Nun mag es zwar allerdings als ein grobes Versehen zu erachten sein, wenn ein Banquier, also ein Kaufmann, welcher den Ein- und Verkauf von Werthpapieren als Gewerbe treibt, von einem öffentlichen Aufgebot solcher Papiere keine Kenntniß nimmt, zumal den Banquiers polizeilich zur Pflicht gemacht ist, fortlaufende Verzeichnisse aller aufgebotenen Werthpapiere zu halten, um sich und Andere vor Täuschung zu schützen. Der Verklagte würde daher an sich gemäß § 285 die Folgen davon zu vertreten haben, daß er sich durch jene Unterlassung außer Stand gesetzt hat, den Klägern bei dem Verkaufe der Aktien von deren Aufgebote Kenntniß zu geben. Auch die Kläger sind jedoch Banquiers, auch ihnen lag daher in gleicher Art, wie dem Verklagten, die Pflicht ob, sich zu versichern, ob die Aktien aufgeboten waren oder nicht; daß sie dies unterlassen und bei dem Aufgebotsverfahren weder sich selbst gemeldet, noch ihre Abnehmer dazu veranlaßt haben, hat deren spätere Präklusion und somit die Entwerthung der Aktien zur Folge gehabt. Diese Entwerthung ist daher die unmittelbare Folge ihres eigenen, gleichfalls groben Versehens, welches auch sie zu tragen haben.

Die Kläger wollen 2) die Amortisation der Aktien als Entwehrung durch den Eigenthums-Anspruch eines Dritten angesehen wissen, für welchen der Verklagte ihnen nach §§ 320, 323 I 5 ALR. Vertretung leisten müsse. Sie übersehen jedoch hierbei, daß die Aktien nicht darum amortisirt sind, weil etwa der Verklagte zur Zeit des Verkaufs nicht rechtmäßiger Eigenthümer derselben gewesen, sondern lediglich darum, weil sich bei dem Aufgebotsverfahren Niemand gemeldet hat. Eine Vindikation der Aktien hätte weder gegen den Verklagten, noch gegen die Kläger Platz greifen können, weil nach §§ 45—47 I 15 ALR. auf jeden Inhaber lautende Papiere und Urkunden, welche nicht außer Kours gesetzt sind, gegen den redlichen Besitzer, welcher sie nicht unentgeltlich überkommen hat, nicht vindizirt werden können. Auch der Extrahent des Aufgebots würde daher einen Vindikations-Anspruch gegen die Kläger nicht haben gelten machen können; und wenn gleichwohl durch die spätere Amortisation der Verlust der Aktien für die Besitznachfolger der Kläger eingetreten ist, so ist der Grund dafür nicht in dem Mangel des Eigenthumsrechts des Verklagten, welches er nicht auf die Kläger und diese nicht weiter

---

(Eccius) a. a. O. Anm. 39. Der in ObTr. 74 S. 240 (StrA. 93 S. 202) zu §§ 420 ff. h. t. behandelte Fall des Regresses des Cessionars gegen den Cedenten hat eine besondere Natur.

Der Anspruch aus der Eviktion geht nach §§ 153, 154, 161 h. t., wenn nichts darüber vereinbart, zunächst redhibitorisch auf Rückzahlung des Kaufpreises; daß der Käufer ihn vom Evinzenten erhalten, hat der Verkäufer als Tilgungsgrund zu beweisen, Förster (Eccius) 1 § 86_{55}. (Dernburg § 149_{2} anders.) Ueber die Frage, ob der Käufer nach Preuß. R., anders als nach dem röm. u. gem. R., weitergehend Anspruch auf das Interesse hat, oder nur bei Verschulden des Verkäufers Anspruch auf den wirklichen Schaden und namentlich auf Ersatz der Kosten des Prozesses mit dem Evinzenten, verhält sich das Erk. c. Dasselbe nimmt nur Anspruch auf wirklichen Schaden bei Verschulden an und rechnet auch die Prozeßkosten zu diesem Schaden. Anders OHG. 14 S. 226, 230 u. RG. 2 S. 202, 205. In beiden wird, in letzterem ohne besondere Begründung, angenommen, daß bei dol. u. culpa lata das volle Interesse nach den allgem. Grundsätzen §§ 285 ff. I 5 zu ersetzen, da ohnedies

hätten übertragen können, zu finden. Auch aus diesem Gesichtspunkte erscheint daher der Anspruch der Kläger nicht begründet.

Die Kläger halten endlich den Verklagten 3) zur Gewährleistung nach §§ 329 ff. I 5 verpflichtet, weil es als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft einer Aktie angesehen werden müsse, daß sie nicht als entwendet aufgeboten sei, diese Eigenschaft aber den fraglichen Aktien zur Zeit des Verkaufs gefehlt habe. Einem Anspruch dieser Art stehen jedoch drei Rechtsgründe entgegen.

Fehlen nämlich einer veräußerten Sache solche Eigenschaften, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, so finden nach § 329 l. c. zunächst die Vorschriften I 4 §§ 81, 82 Anwendung, wonach auch solche Willenserklärungen, welche in einem Irrthume in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache beruhen, dennoch bestehen bleiben, wenn der Irrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat. Nun ist aber oben gezeigt worden, daß es auf eigenem groben Versehen der Kläger beruhet, wenn sie als Banquiers bereits aufgebotene Aktien gekauft haben. Sie können daher den, durch dieses ihr eigenes Versehen veranlaßten Irrthum nicht rügen.

Nach § 331 in Verbindung mit den §§ 325—328 I 5 kann ferner derjenige Empfänger, welcher eine fehlerhaft befundene Sache, obschon durch eigenes Verschulden, nicht mehr in dem früheren Stande zurückgeben kann, von dem Geber nur soviel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist. Die Kläger können nun die fraglichen Aktien, nachdem sie amortisirt, also völlig entwerthet sind, in dem früheren Zustande nicht mehr zurückgewähren.*) Sie würden daher, selbst wenn ihnen nicht ihr eigenes Versehen entgegen stünde, jedenfalls nur so viel an Vergütung fordern können, als die Aktien zur Zeit des Verkaufs darum weniger werth gewesen sind, weil sie damals bereits aufgeboten, obschon noch nicht amortisirt waren. Für eine solche Werths-Differenz fehlt es aber an jedem Maßstabe; am wenigsten besteht sie in dem eingeklagten Kaufpreise.

Wäre aber auch den Klägern ein Gewährleistungs-Anspruch auf Grund der §§ 329 ff. I 5 wirklich erwachsen, so würde er doch durch Verjährung erloschen sein, weil sie ihn nicht innerhalb der in den §§ 343, 344 I 5 angeordneten Frist von sechs Monaten nach dem Empfange der Aktien, oder von drei Monaten nach der von dem Aufgebote und der Amortisation erlangten Kenntniß klagend geltend gemacht haben. Legt man nämlich den § 343 zum Grunde, so war dessen sechsmonatliche Frist vom Tage des Empfanges der Aktien (am 3. Mai 1855) bis zum 6. Dezember 1855, an welchem Tage die Kläger dem Verklagten im Vorprozesse litem denunzirt haben, bereits abgelaufen. Zieht man aber gemäß § 344 den Tag der von dem Mangel erlangten Kenntniß in Betracht, so war diese Kenntniß den Klägern durch Insinuation der Vorklage am 17. Nov. 1855 zu Theil geworden. Die seit diesem Tage laufende dreimonatliche Verjährungsfrist wurde nun zwar durch die am 6. Dez. 1855 gegen den jetzigen Verklagten von ihnen angebrachte Litisdenunciation unterbrochen. Sie fing jedoch vom Tage der Insinuation des

---

*) Sehr fraglich, weil die Unmöglichkeit auf dem Mangel beruhte, Nr. 112 Bd. I S. 501.

---

§ 155 einen unlösbaren, deshalb nicht zu beachtenden Widerspruch mit jenen Grundsätzen enthielte. Das OHG. verweist auf die §§ 889, 369, 423, 424, 425, 890 h. t. und folgert daraus, daß der Käufer den Prozeß mit dem Dritten führen muß, um sich seinen Anspruch sicher zu erhalten, daß der Verkäufer die Kosten dieses Prozesses dem redl. Käufer erstatten muß. Vgl. Reincke in Gruchot 20 S. 186. Für den Fall des Betruges kommen jedenfalls die §§ 349 ff. I 5 zur Anwendung; darüber wird nicht gestritten. Dafür, daß in § 155 der „wirkliche" Schade nicht in technischem Sinne zu verstehen, spricht, abgesehen davon, daß bei dem wechselnden und ungenauen Sprachgebrauch des ALR. auf den Ausdruck allein überhaupt kein entscheidendes Gewicht zu legen, der innere Zusammenhang des § 155 mit § 154. Wo der redl. Käufer den Kaufpreis vom Evinzenten erstattet erhalten, hat er zunächst überhaupt keinen Schaden erlitten. Wirklicher Schade in § 155 kann deshalb nur eigentlicher Schade in vulgärem Sinne sein, und in diesem umfaßt er das Interesse überhaupt,

rechtskräftig gewordenen Urtels zweiter Instanz im Vorprozesse, d. i. am 11. Nov. 1856, spätestens am Tage seiner Rechtskraft, d. i. am 23. Dez. 1856 von Neuem zu laufen an, und seit diesen Tagen ist auch sie bei Anstellung der vorliegenden Klage, am 23. April 1857, bereits abgelaufen gewesen.

Gründe: d. Aus den allgemeinen Vorschriften im ALR. I 5 §§ 324, 320 ergiebt sich, daß für die Gewährleistung im Eviktionsfalle einerseits die von jedem Verschulden unabhängige Verbindlichkeit der Kontraktserfüllung, andererseits ein bei der Erfüllung vorgekommenes Verschulden des Kontrahenten in Betracht kommen. Die im § 324 für die verschiedenen Arten der Verträge vorbehaltenen näheren Bestimmungen finden sich hinsichtlich des Kaufvertrages im Tit. 11 §§ 135 ff.

Darüber, was bei wirksamer Eviktion der Verkäufer dem Käufer zu leisten habe, wenn die Sache demselben gänzlich entzogen ist, handeln die §§ 153—156, deren Grundsätze nach dem § 169 auch dann zur Anwendung kommen, wenn, wie im vorliegenden Falle, nicht die ganze Sache, sondern nur ein Theil evinzirt und der Käufer nicht von dem ganzen Vertrage zurücktritt.

Diese §§ geben zu mehreren Zweifeln Anlaß, die in der Literatur zu der Entwickelung verschiedener Ansichten geführt haben. Klar ist jedoch, daß der § 154 eine prinzipielle Abweichung von dem röm. R. enthält. Im röm. R. ist der Grundsatz, daß die Gewährleistung zur Erfüllung des Vertrages gehöre, für die Bestimmung der Eviktionsleistung ungebeugt maßgebend geblieben; dieselbe ist eine natürliche Folge des in seiner Existenz und Wirkung durch die Eviktion nicht berührten Kaufvertrages und wird deshalb einfach mit der actio emti geltend gemacht. Vgl. v. Savigny, 3. Beil. 8 § 11 Note b. Die Klage geht, ohne Rücksicht auf Verschulden des Verkäufers, auf das volle Interesse, welches der Käufer dabei hat, daß die Eviktion nicht geschehen: l. 43 i. f. D. 19, 1; l. 8, l. 70 D. 21, 2; l. 9, 23 C. 8, 45. In der letzten Stelle ist besonders hervorgehoben, daß das Interesse zu leisten, nicht etwa der Kaufpreis zu vergüten sei.

Das ALR. behandelt dagegen die Eviktion wie eine Rückgängigmachung des Kaufgeschäftes und macht, dem entsprechend, die Wiedererlangung des gezahlten Kaufgeldes und der auf die Sache verwendeten Kosten zu dem Kerne des dem Käufer zustehenden Anspruches. Es ist in der Literatur nicht überall beachtet, daß dieser Standpunkt von dem ALR. ohne innere systematische Nöthigung eingenommen worden ist, sondern mit den eigenthümlichen, eine Umbildung des deutschrechtlichen Grundsatzes „Hand muß Hand wahren" enthaltenen Bestimmungen über die Rechte des redlichen Besitzers, gegenüber dem vindizirenden Eigenthümer, eng zusammenhängt. Da nach den im § 154 citirten §§ 25 ff. I 15 der redliche Käufer die Er-

---

wie denn auch das ALR. selbst unter Schade mehrfach auch den entgangenen Gewinn begreift. Vgl. unt. Nr. 126 Bd. I S. 576. Mindestens geringes Versehn wird aber bei Verkauf rechtl. mangelhafter Sache stets umsomehr anzunehmen sein, als der Verkäufer mit dem Verkauf dafür einzustehen sich verpflichtet, daß die Sache nicht rechtlich mangelhaft. In dem im Erk. c. erwähnten StrA. 85 S. 181, 186, wo die Kostenpflicht des Cessionars nach § 423 h. t. angenommen, heißt es übrigens, daß es bei der Gewährleistung auf culpa nicht ankomme, soweit es sich um wirklichen Schaden handle. Dafür spricht entschieden die Bezugnahme in § 323 I 5 auf § 320 das. Ueber den Fall der redhib. wegen natürl. Mängel vgl. Erk. c. Nr. 109 Bd. I S. 490, wo die Sache wenigstens bei verborgenen natürl. Mängeln ohne Zusage für die Abwesenheit solcher wesentlich anders liegt.

In StrA. 54 S. 46 lag der Fall anders. A. hatte an B. ein Grundstück verkauft, aber nicht übergeben, weil es vorher wegen einer Hyp. subhastirt. Als B. auf Erstattung der Kaufkosten klagte, ist A. verurtheilt. Das ObTr. deduzirt, es liege kein Anlaß vor, den Fall anders zu behandeln, als wenn die Uebergabe schon erfolgt wäre. Richtig waren aber nicht die §§ 154, 155 h. t., sondern die §§ 360 ff. I 5 anzuwenden, aus denen sich die Verpflichtung des A. ohne Weiteres ergab.

Auf den Fall theilweiser Eviktion beziehen sich die §§ 164 ff. Bezug genommen ist in § 164 nur auf die §§ 325 ff. I 5, jedenfalls kommt aber auch § 323 I 5 zur Anwendung: „insofern der Empfänger sich der Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages zu bedienen gehindert wird." Nicht die Eviktion jedes noch so geringen Stückchens,

stattung alles dessen, was er dafür gegeben, und der auf die Sache verwendeten Kosten, nach näherer Vorschrift des Tit. 15, von dem vindizirenden Eigenthümer gegen Herausgabe der Sache fordern kann, so lag es nahe, alle Weiterungen, zu denen die Vergleichung dieses Anspruches mit dem Werthe, den die Sache zur Zeit der Eviktion hatte, Anlaß giebt, dadurch abzuschneiden, daß man den Käufer durch das, was der vindizirende Eigenthümer ihm gewähren mußte, in der Hauptsache für abgefunden erklärte, soweit nicht ein Verschulden des Verkäufers vorliegt, welches dann einen Anspruch des Käufers auf Ersatz des durch die erstatteten Beträge nicht gedeckten, „wirklichen" Schadens rechtfertigt (§ 15). Zu diesem Schaden rechnet der § 156 ausdrücklich die bei dem Prozesse mit dem Dritten aufgelaufenen Kosten. Der klare Wortsinn des Gesetzes steht nicht minder, als der Zusammenhang der maßgebenden Vorschriften der Annahme zur Seite, daß die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Erstattung dieser Kosten ein Verschulden desselben voraussetzt.

Der Kläger macht geltend: die zitirten §§ 154—156 seien hier gar nicht anwendbar, weil er nicht von dem Evinzenten Ersatz des Kaufgeldes und der auf die Sache verwendeten Kosten erhalten habe, sein Anspruch sei daher nach den §§ 135, 136 a. a. O. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Dies ist irrig. Die §§ 153 ff. behandeln, wie schon das Marginale andeutet, diesen Gegenstand erschöpfend. Von dem Anspruche des redlichen Käufers auf Erstattung des Kaufpreises und der auf die Sache verwendeten Kosten ist die Rede im § 154 für den die Regel bildenden Fall, daß ihm, dem wahren Eigenthümer gegenüber, die Rechte des redlichen Besitzers zustehen, und im § 161 für den Ausnahmefall, daß er durch den Mangel gehöriger Vorsicht diese Rechte verscherzt hat. Eine besondere Verschuldung des Verkäufers kommt hierbei nicht in Betracht. Was aber der Verkäufer bei obwaltender Verschuldung dem redlichen Käufer zu leisten hat, bestimmen die §§ 155 ff. allgemeingiltig, wenn sie auch äußerlich an den § 154 angereiht sind. Dies ergiebt aber der § 162 zur Evidenz. Darüber, daß die §§ 155 ff. diese generelle Bedeutung haben, ist auch in der Literatur nirgends ein Bedenken erhoben. Ist somit die hier streitige Rechtsfrage nach den besonderen Vorschriften der §§ 155 ff. zu entscheiden, so kann auf die allgemeinen Grundsätze der §§ 135, 136 nicht in dem Sinne zurückgegriffen werden, um daraus Rechtssätze abzuleiten, welche von jenen besonderen Vorschriften abweichen. Für den Fall der Anwendbarkeit der §§ 154 ff. will der Kläger den § 155 dahin ausgelegt wissen, daß der Verkäufer über das Kaufgeld und die auf die Sache verwendeten Kosten hinaus nach Verhältniß seiner Verschuldung, jedenfalls aber für den wirklichen Schaden hafte. Aber wäre auch nachzuweisen, daß bei der Abfassung des § 155 die Redaktoren den richtigen Ausdruck ihrer eigentlichen Rechtsmeinung verfehlt hätten, so ist doch mit

---

z. B. von einem Gute, kann den Eviktionsanspruch auf Rücktritt vom Vertrage begründen; falls nicht die ganze Sache durch die Entziehung des Theils fehlerhaft wird, kann nur Entschädigung nach §§ 170, 171 h. t. zugestanden werden. Vgl. arg. § 210 h. t. Ueber den Kauf in P. u. B. vgl. Nr. 202 u. über den Kauf eines Inbegriffs §§ 339 ff. I 5 u. unt. Nr. 112 Bd. I S. 504, 505, Nr. 99 Bd. I S. 424, 427, 430—432.

Daß § 171 h. t. Ausnahme des Grundsatzes in § 170 h. t., welche der Verkäufer zu beweisen hat, daß der Ersatz für den evinzirten Theil deshalb zunächst durch das Gutachten von Sachverständigen festzustellen, wenn ein Anschlag fehlt (GesRevPens. 14 S. 64), darüber vgl. StrA. 58 S. 171 unt. Nr. 194 u. unt. Nr. 198a., namentlich Erk. c. Daß die §§ 170, 171 h. t. übrigens anomaler Natur, darüber s. RG. 8 S. 206. (Fall des Verkaufs fremder bewegl. Sache mit dem Grundstück in der Subh. Der Eigenthümer verlangt Ersatz des Werths. Das RG. billigt nur den nachweisbar auf dieselbe fallenden Theil des Zuschlagspreises zu.)

Ueber den Anspruch des Käufers auf Sicherung wegen drohender Eviktion vgl. Nr. 198b zu §§ 221 ff. h. t.

Der Anspr. auf Eviktion besteht nicht oder geht verloren durch Entsagung, §§ 137, 138 h. t., — vgl. ObTr. 60 S. 71 u. StrA. 71 S. 377, Nr. 64 Bd. I S. 252 Erk. b. u. S. 256 das., — sowie durch Verjährung. Ueber letztere vgl. Nr. 117 Bd. I S. 523.

Ueber Ev. bei Tausch vgl. §§ 367—371 h. t. u. unt. Nr. 194. Vgl. außerdem §§ 421, 485, 1083 h. t.; §§ 216 ff. I 20; 21 § 84; 12 § 301.

Recht gefordert, daß der Richter von den deutlichen Worten des § 155 in keinem Falle abweiche, und dies geschähe, wenn man der Auslegung des Klägers folgen wollte.

Das Erk. des ObTr. v. 30. Mai 1872, StrA. 85 S. 186, kann nicht in Betracht kommen, weil dasselbe den Fall der Eviktion beim Kaufe gar nicht betrifft, und auf den § 156 I 11 nur Bezug nimmt, um zu zeigen, daß das Gesetz die Kosten eines den Regreß begründenden Prozesses zum wirklichen Schaden rechnet. Auf Gruchot beruft sich der Kläger ohne Grund, weil derselbe weder in der zitirten Abhandlung (Beitr. 2 S. 191 ff.), noch in den Erörterungen, welche er im 9. Bde. der Beiträge S. 453 ff. an die §§ 154—158 knüpft, eine der Ansicht des Klägers entsprechende Meinung ausspricht. Dagegen steht dem Kläger die Meinung Koch's allerdings zur Seite. In seinem Kommentar zum ALR. 1, 5. Aufl., behandelt dieser die in Rede stehende Frage auf S. 628 in Note 4 zu § 155 und Note 5 zu § 156. In der ersten Note entwickelt er die ihm eigenthümliche, von anderen Rechtslehrern (Gruchot, Beitr. 2 S. 193; Förster, Theorie und Praxis 2. Aufl. 1 S. 494) als irrig bekämpfte Ansicht, daß in den Worten des § 155 „erlittenen wirklichen Schaden" der Ausdruck „wirklich" bedeutungslos sei, eine Frage, die hier nicht interessirt; knüpft daran die Darlegung dessen, was der Verkäufer je nach seiner Verschuldung zu leisten hat, und bemerkt hierbei unter Nr. 4: „Hat der Verkäufer nur ein geringes oder gar kein Versehen begangen, so hat er dem Käufer nur die wirklichen Ausgaben an Kaufgeld (soweit dies nicht der Dritte erstatten muß), Kaufs- und Prozeßkosten zu erstatten, §§ 161, 162, 155, 156."

In Uebereinstimmung hiermit motivirt er in Note 5 die Bestimmung des § 156, daß zu dem im § 155 gedachten Schaden auch die auf den Kauf verwendeten, imgleichen die bei dem Prozesse mit dem Dritten aufgelaufenen Kosten gehören, mit den Worten: „Weil der Verkäufer in jedem Falle, auch wenn ihm kein Versehen zur Last fällt, schuldig ist, den Käufer im Prozesse zu vertreten, d. h. den Prozeß auf seine Kosten zu übernehmen. Nur die von dem Käufer eigenmächtig verursachten nutzlosen Kosten braucht der Verkäufer nicht zu ersetzen."

Die in der Note 4 zu § 155 I 11 in Bezug genommenen §§ 161, 162 geben nicht den mindesten Aufschluß über die in Rede stehende Streitfrage. Wenn Koch in Note 5 auf die Pflicht des Verkäufers, den Käufer im Prozesse mit dem Dritten zu vertreten, hinweist, so ergeben die hiervon handelnden §§ 143—151 I 11 nichts davon, daß der zum Prozesse zugezogene Verkäufer „den Prozeß auf seine Kosten zu übernehmen habe"; es ist in diesen §§ überhaupt nicht von einer Verpflichtung des Verkäufers, den Käufer im Prozesse zu vertreten, die Rede, sondern von einer Verpflichtung des Käufers, den Prozeß mit dem Dritten nicht ohne Zuziehung des Verkäufers zu führen, widrigenfalls er die Vertheidigungsmittel, welche dem Verkäufer etwa zu Gebote gestanden, wider sich gelten lassen muß. Nach alledem kann der von dem Kläger behauptete Rechtsgrundsatz, daß der zur Eviktionsleistung verpflichtete Verkäufer ohne Rücksicht auf eine besondere Verschuldung seinerseits im Eviktionsfalle dem Käufer den wirklichen Schaden (damnum emergens) und als solchen auch die Kosten des Eviktionsprozesses zu erstatten habe, als richtig nicht anerkannt werden.

Nr. 198. §§ 175—191, 192—206; Anh. §§ 13, 14; 207—214; I 5 §§ 333—337. Kauf. Gewährleistung für (natürl. u.) rechtliche Mängel, Lasten, Hypotheken. (Quantität.)*)

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 393—395; Dernburg 2 § 141 Nr. 5, 6, §§ 143—145; Förster (Eccius) 1 § 86 III. 2 § 125_{31}. Ueber Gewährl. für natürl. Mängel, insbesondere die §§ 192—206 Anh. §§ 13, 14 h. t. vgl. die Nr. 109 ff. Bd. I S. 490, über die §§ 207 ff., Gewährl. wegen fehlender Quantität, die Bedeutung der Quantität als reiner Zahl oder Eigenschaft namentlich das Erk. d. ObTr. 55 S. 24 (StrA. 61 S. 81) Nr. 116

a. PlPräj. 2358 v. 15. März 1852; ObTr. 22 S. 161 (StrA. 5 S. 84).
b. Erk. v. 17. Juni 1870; ObTr. 64 S. 45.
c. PlPräj. 2688 v. 18. Mai 1857; ObTr. 36 S. 6.
d. Erk. v. 22. Okt. 1866; StrA. 65 S. 90.

Im Falle a. handelte es sich um die Frage, ob der Verkäufer eines Guts in der Neumark seinem Käufer dafür aufzukommen verpflichtet, dass nach dem Verkauf und der Uebergabe behufs Verzinsung und Tilgung von Kriegsschulden der Neumark aus den Jahren 1806—1808 dem Gute Beiträge auferlegt waren. Das Plenum hat angenommen, dass zur Verpflichtung des Verkäufers aus § 180 h. t. erforderlich, dass vor dem Verkauf und der Uebergabe die Verpflichtung des Gutsbesitzers *als solchen* für die Beiträge zu der Last feststand. — Im Falle b. hatte A. an B. ein Grundstück in der Stadt N. verkauft und forderte Zahlung des Restkaufpreises, wogegen B. exzipirte, dass auf dem Grundstück in Rubr. II ein Beitrag zum Gehalt des evangel. Geistlichen und Messkorn für die kathol. Probstei und Pfarre eingetragen, welche Lasten er nicht übernommen, vielmehr sich reine Hypothek bedungen. Nachdem festgestellt, dass die Lasten auf der kirchlichen Verfassung in N. beruhten, ist B. in 2. u. 3. Instanz verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. ein Grundstück an B. verkauft, ohne ihm mitzutheilen, dass auf demselben ein Leibgedinge eingetragen stand. Die Klage des B. auf Fortschaffung des Leibgedinges ev. Sicherheitsleistung für dasselbe wurde in beiden Instanzen mit Bezug auf Präj. 1846 (ObTr. 14 S. 232) abgewiesen, weil die Anzeigepflicht des Verkäufers in § 183 h. t. fortfalle, wenn die Last eingetragen. Das Plenum hat dagegen den Grundsatz festgestellt, dass der Verkäufer von der Anzeigepflicht in § 183 h. t. durch die Eintragung im Hypothekenbuche nicht befreit werde. — Im Falle d. hatte A. an B. ein Grundstück verkauft und B. in dem Vertrage die Verpflichtung übernommen, die Kinder des A. zu erziehen, zu ernähren, zu bekleiden und zu verpflegen, welche Verpflichtung eingetragen war. Nachdem B. an C. verkauft, ohne dass C. die Verpflichtung übernommen, klagte B. gegen C. auf Erstattung der zur Erfüllung der Verpflichtung gemachten Aufwendungen. Die Klage ist abgewiesen.

Gründe: a. Die in §§ 175 ff. I 11 ALR. darüber gegebenen Bestimmungen, ob und inwieweit der Verkäufer für die auf dem verkauften Grundstücke ruhenden Lasten und Abgaben haften muß, und wie diese Lasten und Abgaben zwischen dem Verkäufer und dem Käufer zu vertheilen sind, lassen sich auf den Grundsatz zurückführen, *daß der Verkäufer Gewähr zu leisten habe für die auf dem Grundstücke ruhenden ungewöhnlichen Lasten und Abgaben und für alle Abgaben-Rückstände aus der Zeit bis zur Uebergabe, daß dagegen der Käufer die gewöhnlichen und alle nach der Uebergabe auferlegten Lasten und Abgaben übernehmen müsse.* Zwischen ordent-

---

Bd. I S. 515. Rechtlich oder juristisch mangelhaft ist die Sache, insofern sie in ihrem Verhältniß zu anderen Sachen oder Personen, in Bezug auf ihre Befugnisse oder Verpflichtungen die vorausgesetzten oder bedungenen Eigenschaften nicht hat, I 5 §§ 333 ff., §§ 188 ff. h. t. Vgl. StrA. 100 S. 289 Erk. d. Nr. 99 Bd. I S. 424. Auch hier ist nach dem allgem. Grundsatz erforderlich, daß der Mangel zur Zeit der Uebergabe bestand. Eine nach der Eintragung des Käufers als Eigenthümer protestativisch gegen seinen Verkäufer eingetr. Forderung kann daher zu einem Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer nicht führen, StrA. 37 S. 114, nicht sowohl, wie dort ausgeführt, weil durch die protestat. Eintr. die Existenz des Anspruchs nicht feststeht, sondern weil überhaupt der Fall der Gewährl. nicht vorliegt. Vgl. Erk. a. Nr. 109 Bd. I S. 490. Ueber einzelne rechtl. Mängel vgl. unt. Nr. 117 Bd. I S. 523. Hier handelt es sich um die Lasten. Bei der Gewährl. für solche scheidet das ALR. zwischen den gemeinen Lasten, §§ 175—182, den nicht gemeinen Lasten der Sache, § 183, und den persönlichen Verbindlichkeiten, für welche die Sache haftet, § 184. Für die *gemeinen* Lasten haftet der Verkäufer nur aus (posit. oder neg.) Zusage, § 175, die auch in § 176 in dem Anschlag, d. h. einer vom Verkäufer zur Information des Käufers über den Werth der Sache

lichen, regelmäßig wiederkehrenden Lasten und Abgaben, und zwischen solchen, die nur bei besonderer Gelegenheit zu entrichten sind, also zu den außerordentlichen gehören, ist insoweit nicht unterschieden; die außerordentlichen Lasten und Abgaben folgen vielmehr derselben Regel. In allen von dem Gesetze vorgesehenen Fällen handelt es sich aber und kann es sich nach der Natur der Sache auch nur handeln, von Lasten und Abgaben, welche auf dem verkauften Grundstücke haften. Dies folgt schon aus dem Begriff der Last, unter welchem Ausdrucke, denselben schlechthin gebraucht, die auf einem Grundstücke ruhende Verbindlichkeit verstanden wird. Es folgt dies nicht minder aus dem Marginale zu § 175, nach welchem von diesem § bis zum § 187 die Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten abgehandelt wird, sowie denn auch in dem § 175 ganz ausdrücklich von den „auf einem Grundstücke haftenden Lasten" die Rede ist. Ein Gleiches gilt insoweit auch von den Abgaben, zunächst nach demselben Marginale, sodann nach dem Ausdrucke im § 178 „werden einem Grundstücke neue öffentliche Lasten und Abgaben auferlegt", nach dem § 183, welcher von Lasten und Abgaben spricht, welche nicht allen Grundstücken gemein zu sein pflegen, und ferner nach § 185, nach welchem die Unwissenheit von dergleichen auf dem Grundstücke haftenden Lasten (§§ 180 und 184) von der Vertretung nicht befreien soll. Handelt es sich sonach von Lasten und Abgaben, welche auf dem verkauften Grundstücke haften, folglich mit dem verkauften Grundstücke in rechtlicher Beziehung stehen, so versteht es sich ganz von selbst, daß der verpflichtende Grund nicht fehlen darf, welcher diese Verbindung vermittelt, mag dieser Grund unmittelbar auf dem Gesetze, auf Verfassung, Herkommen oder auf Willenserklärung beruhen. Ohne einen solchen verpflichtenden Grund läßt sich von einer auf dem Grundstücke haftenden, von demselben zu leistenden Abgabe oder Last überhaupt nicht sprechen. Wird dieser Gesichtspunkt festgehalten, so kann über die eigentliche Bedeutung des § 180 I 11 nicht füglich Zweifel sein. Nachdem in den §§ 178, 179 des Falles gedacht ist, wenn zwischen dem geschlossenen Kaufe und der Uebergabe des verkauften Grundstücks neue, also bis dahin nicht bestandene öffentliche fortwährende Lasten oder Abgaben auferlegt worden, verordnet der § 180: Kriegssteuern, Brandschatzungen und außerordentliche Lasten, welche erst nach geschlossenem Kaufe oder erst nach erfolgter Uebergabe auf die einzelnen Grundstücke vertheilt worden, muß der Verkäufer tragen, insofern die Verbindlichkeit zu der Entrichtung einer solchen besonderen Last oder Abgabe schon vor der Uebergabe vorhanden gewesen ist.

Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes wird also vorausgesetzt, daß die Verbindlichkeit des Grundstücks zur Entrichtung einer gewissen Last oder Abgabe an sich schon vor dessen Uebergabe an den Käufer bestanden habe, und es ist daher durch den § 180 nur die Frage entschieden, wie es gehalten werden soll, wenn sich schon vor der Uebergabe alles dasjenige zugetragen hat, woraus den Gesetzen und den Rechten gemäß, *vermöge der schon vor dem Abschlusse des Kaufvertrages auf dem Grundstücke ruhenden Verbindlichkeit*, die Belastung des Grundstücks folgt. In einem solchen Falle soll der Umstand, daß *die Festsetzung des auf das verkaufte Grundstück fallenden Antheils*

---

vorgelegten, eine Schätzung der Nutzungen enthaltenden Beschreibung, zu finden; auf Wissen oder Nichtwissen auf der einen oder andern Seite kommt nichts an, § 185. Der Begriff der außerordentlichen gemeinen Lasten, § 180, ist im Erk. a. entwickelt, aus welchem namentlich hervorzuheben, daß es hier, wie überall bei der Gewährl., in den §§ 175—187 auf Lasten *des Grundstücks* ankommt. Der Begr. der *gemeinen* Last im Sinne § 175 deckt sich vollständig mit dem der in § 11 Abs. 2, 3 der GrundbO. und dem an Stelle des § 49 der KonkO. v. 8. Mai 1855 getretenen § 28 des SubhGes. v. 13. Juli 1883 (vgl. § 211 das.) erwähnten gem. Lasten. Dazu treten die in § 27 des SubhGes. v. 13. Juli 1883 genannten Staatsabgaben, die Renten (soweit sie an Stelle gem. Lasten getreten) und die Kosten in Auseinandersetzungssachen, welche nach § 7 Nr. 5, 6, 7 des Ges. v. 24. Juni 1875 (GS. S. 395) § 96 Ges. v. 28. Febr. 1880 die Natur der gem. Lasten haben und nach Maßgabe des § 7 Nr. 6, 7 auf den Käufer übergehen, was schon für das frühere R., § 66 V. v. 30. Juni 1834, in ObTr. 66 S. 21 angenommen war. Das Besondere dieser gem. Lasten zum Unterschiede von denen in § 183 h. t. ist, daß sie auf einem im öffentl. R. entsprungenen Titel beruhen, auf Gesetz oder der öffentlich rechtlichen Verfassung der Betheiligten, daß sie auf allen

an der Last nach ihrem Betrage und etwaigen sonstigen Modalitäten, erst nach der Uebergabe erfolgt ist, den Verkäufer von seiner ihm nach allgemeinen Grundsätzen obliegenden Verbindlichkeit nicht entbinden. Der § 180 stellt nicht eine vorhin bestandene Verbindlichkeit schlechthin einer erst nachher konstituirten Verbindlichkeit gegenüber, sondern spricht von der vorher bestandenen, als einer Verbindlichkeit, die schon vor der Uebergabe den allgemeinen Charakter einer auf der Sache ruhenden Last oder Abgabe hat, und dieser allgemeinen Reallast wird die nach der Uebergabe auf die einzelnen Grundstücke vertheilte Last gegenüber gestellt. Daß der § 180 nur in diesem Sinne zu verstehen ist, daß also die Verbindlichkeit als eine reale schon vor dem Verkaufe und vor der Uebergabe, mindestens im Allgemeinen bestanden haben muß, wenn auch ohne Feststellung des Betrages und der etwaigen sonstigen Modalitäten, ergiebt sich auf das unzweideutigste aus dem zur näheren Verdeutlichung des § 180 in dem § 181 beigefügten Beispiele.

Dieses Beispiel erläutert den § 180, wenn derselbe in dem obigen Sinne verstanden wird, vollkommen; es würde aber offenbar sehr übel gewählt sein, wenn der § 180 ausdrücken sollte, es sei gleichgiltig, ob die Verbindlichkeit vor dem Verkaufe schon den Charakter einer realen gehabt habe oder nicht. Für diese Auffassung spricht endlich auch, daß, wenn unter der im § 180 vorausgesetzten Verbindlichkeit auch eine solche zu verstehen sein sollte, welche nicht den Charakter einer realen hat, dies zu einer Unbestimmtheit und Härte hinführen würde, welche von dem Gesetzgeber unmöglich gewollt sein kann.

Denn fragt man zunächst, in welcher Beziehung die frühere, nicht reale Verbindlichkeit zu der späteren Grundstückslast stehen soll, so könnte man etwa meinen wollen, die frühere Verbindlichkeit müsse eine persönliche des Gutsbesitzers gewesen sein. Davon sagt das Gesetz aber nichts; auch läßt sich nicht ohne Weiteres behaupten, daß eine Provinzial- oder Kreisschuld zugleich eine persönliche Schuld aller Eingesessenen der Provinz oder des Kreises sei, ebensowenig, wie eine Staatsschuld oder eine Gemeindeschuld als persönliche Schuld des einzelnen Staats- oder Gemeinde-Bürgers angesehen werden mag. Sucht man dann etwa den Nexus darin, daß der Verkäufer ein Glied derjenigen Korporation oder Genossenschaft gewesen sein müsse, auf welcher die Verbindlichkeit ruhte; oder darin, daß die nachherige Reallast als Mittel zur Deckung der früheren Schuld erscheinen müsse; so legt man auch damit in das Gesetz willkürlich etwas hinein, wovon es nichts enthält. Es würde deshalb nur übrig bleiben, den Nexus etwa darin zu setzen, daß die frühere Schuld irgendwie den Anlaß zu der späteren Gutslast geboten haben müsse. Dadurch aber, ja selbst noch bei Hinzunahme der vorgedachten beiden Erfordernisse, würde sich für die Anwendung des § 180 ein überaus weites Feld mit völlig unsicheren Grenzen und mit seltsamen Folgerungen eröffnen. Wenn etwa der Staat eine Kriegs-Kontribution auf sich genommen, eine Stadt feindliche Plünderer mit einer Geldsumme abgekauft, wenn das eine oder andere Gemeinwesen wegen irgend eines außerordentlichen Umstandes eine Schuld kontrahirt hat, und nun, vielleicht nach einer Reihe von Jahren, es für zweckmäßig erachtet wird, zur Verzinsung oder Tilgung

---

Grundstücken gleicher Art lasten, dadurch und durch die öffentl. Eigenschaft des Berechtigten (Staat, Kirche, Schule, Obrigkeit, Verband) allgemein bekannt sind oder als allgemein bekannt gelten und präsumtiv von jedem Käufer bei Normirung des Preises vom Werthe abgezogen werden. Nicht entscheidend ist, ob sie regelmäßig wiederkehren oder nur bei bestimmter Gelegenheit erhoben werden. Schon früher angenommen und nicht mehr zweifelhaft ist demnach, daß zu den gem. Lasten gehören: ordentl. und außerordentl. Deichkassenbeiträge, ObTr. 57 S. 25. 1855 war vom Deichverbande ein Darlehn zur Regulirung der Deiche, Entwässerung u. a. aufgenommen, welches ratenweise zurückgezahlt werden sollte; die Raten wurden durch Beiträge der eingedeichten Besitzer nach Verhältniß der Morgenzahl aufgebracht. Der Käufer, der 1860 gekauft, nahm den Verkäufer wegen Ersatz der nach dem Kaufe fälligen, von ihm eingeforderten Rate in Anspruch. Die Klage ist abgewiesen. (Dagegen das ganz unhaltbare Erk. ObTr. 39 S. 65), — Wegebaulasten, wenn sie nicht auf speziellem Titel beruhen, der aber daraus nicht folgt, daß die Last zwischen Berechtigten und Verpflichteten rezeßmäßig geordnet ist, der Rezeß hat in solchem Falle die Natur eines öffentlichrechtl. Vertrages, der als solcher Bestandtheil der Verfassung, aus welcher die Last entspringt, § 11 II 15; § 37

der Staats- oder Stadtschulden eine neue Grundsteuer aufzulegen, oder die alte zu erhöhen; sollen denn für diese neue Steuer nicht etwa die gegenwärtigen, sondern die damaligen Grundbesitzer um deshalb verhaftet sein, weil die neue Steuer in gewisser Weise als Folge jener Schuld betrachtet werden kann, ja gerade zur Deckung derselben ausgeschrieben wird? Welche Unsicherheit würde sich daraus bei jedem Gutsverkaufe ergeben und welche Unbilden würden in zahllosen Fällen entstehen, etwa, wenn die Kriegsschuld im Kreise A. später durch eine Vermögenssteuer, im Kreise B. durch eine Grundsteuer gedeckt würde, in der Zwischenzeit Jemand sein Grundstück im Kreise B. verkauft hätte und nach A. gezogen wäre, mithin die Schuld doppelt mittragen müßte, während sein Gutsnachfolger leer ausginge! Diese Betrachtungen müssen die Ueberzeugung geben, daß eine Deutung des § 180 a. a. O., welche zu solchen Folgen und Wirkungen hinführen kann, unmöglich richtig ist, daß vielmehr die Verbindlichkeit des § 180 als eine Verbindlichkeit des Grundstücks aufgefaßt werden muß, welche nach dem Verkaufe nicht erst erzeugt, sondern nur in ihrem Betrage, der Erhebungsweise u. s. w. näher festgestellt wird.

Es ist indessen nicht überflüssig, zur Vermeidung von Mißverständnissen selbst nothwendig, darauf aufmerksam zu machen, daß die in dem Vorstehenden beantwortete Frage keineswegs das Gebiet erschöpft, welches die bei Entscheidung der Streitfrage zur Erwägung kommenden Rechtsverhältnisse umfassen, da es namentlich in Beziehung auf die Kriegsschulden der Neumark, und auch der anderen Provinzen, Fälle giebt, in welchen es auf den Grundbesitz und auf Vertheilung der Kriegssteuer auf die Grundstücke, überall nicht ankommt und durch welche der § 180 I 11 überhaupt nicht berührt wird. Dieser Fall tritt namentlich ein bei der Provinzial-Kriegsschuld der Neumark, hinsichts deren durch den königlichen Befehl vom 30. Juli 1822 und durch die auf diesen Befehl sich gründende Ministerial-Bekanntmachung vom 8. Aug. 1822 diejenigen Maßregeln angeordnet sind, welche behufs der Verzinsung und allmählichen Tilgung jener, ihrem Betrage nach festgestellten Kriegsschuld angemessen befunden sind. Hiernach sollen alljährlich zur Verzinsung dieser Schuld 4 Prozent, zur allmählichen Tilgung 1 Prozent und die hierzu erforderliche Summe durch stufenweise gesteigerte, in einem besonderen Tarif bestimmte Zuschläge zu der durch das Ges. v. 30. Mai 1820 eingeführten Klassensteuer aufgebracht werden. Wenn hiernach die Provinzial-Kriegssteuer in der Neumark als Zuschlag der durch das Ges. v. 30. Mai 1820 eingeführten Klassensteuer aufgebracht werden soll, so folgt, daß die Kriegssteuer die rechtliche Natur der Klassensteuer hat und haben soll. Der Klassensteuer sind aber alle Einwohner ohne Unterschied unterworfen; ob sie Grundbesitz haben oder nicht, ist dabei etwas Gleichgiltiges. Die Klassensteuer affizirt also den Grundbesitz als solchen gar nicht, sie ist eine rein persönliche Steuer, welche zwischen der Einkommen- und Vermögenssteuer in der Mitte liegt und bei welcher der Grundbesitz nur insofern in Betracht kommt, als derselbe ein äußerlich erkennbares Merkmal des höheren oder geringeren Wohlstandes, also

---

Nr. 1 II 7; StrA. 59 S. 183, — Schulbaulast, Beiträge zum Unterhalt des Lehrers bei den niederen kathol. Schulen in Schlesien, StrA. 94 S. 102, — Kirchenbau-, Patronatslasten, auch wenn sie auf einem Vertrage beruhen, der sich als Theil der örtlichen Kirchenverfassung darstellt, ObTr. 74 S. 71 (StrA. 93 S. 61); ObTr. 75 S. 52, — Freikur, Grund- und Erbkur der Kirche, Schule, des Grundherrn, der auf publicistischem Titel beruht, ObTr. 74 S. 214 (StrA. 93 S. 185); ObTr. 76 S. 176, — der Kirchenzehnt, wenn er der Kirche, nicht einem Privaten zusteht, ObTr. 35 S. 413, — Feuersocietäts- und Versicherungsbeiträge anderer Art, wenn der Versicherungsverband öffentlich rechtl. Art, was überall da der Fall, wo die Versicherung Recht und Pflicht, die Beiträge administrativ beitreibbar, aber nicht da, wo es sich um private, wenn auch staatlich genehmigte und beaufsichtigte Gesellschaften handelt, StrA. 28 S. 100; 72 S. 11 (der Potsdamer Viehversicherungsverein ist kein öffentlich rechtl. Verband); SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 28; RKonkO. § 54 Nr. 3; AGO. II 6 § 15 Nr. 4. Zu den gem. Lasten gehören auch die unt. Nr. 148 Bd. I S. 746, 751 erwähnten statutarischen Pflasterungskosten, in Berlin auf Grund des Regulativs v. 31. Dez. 1838, Ges. v. 2. Juli 1875 § 15 Abs. 4; StrA. 71 S. 295; 79 S. 248; 97 S. 25. In letzterem

einer der Faktoren ist, durch welche das Beitragsverhältniß zur Steuer bestimmt wird. Insoweit es sich daher von der Neumärkischen Provinzial-Kriegsschuld handelt, kann von einer Vertheilung der Kriegslasten im Sinne des § 180 I 11 überhaupt nicht die Rede sein, da insoweit vielmehr eine neue Steuer vorliegt, welche ihr Fundament in dem öffentlichen Recht hat und auf welche deshalb niemals der § 180 a. a. O., sondern geeigneten Falles nur die Vorschriften der §§ 175, 179 a. a. O. anzuwenden sein würden.

Gründe: b. Daß die in Rede stehenden Abgaben Reallasten sind, bestreiten Imploranten nicht, wie denn auch ein Zweifel darüber nicht obwalten kann. Es fragt sich nur, ob sie unter die Kategorie des § 183 fallen, und dieselben, wenn sie dem Käufer nicht angezeigt worden, vom Verkäufer zu vertreten sind, oder ob sie als gemeine Lasten, wenn die Vertretung weder übernommen, noch die Existenz in Abrede gestellt worden, nicht zu vertreten sind. Die allgemeinen Grundsätze der §§ 333 ff. I 5 ALR., daß wegen solcher Lasten, die einer Sache derselben Art gewöhnlich ankleben, in der Regel keine Vertretung stattfindet, daß, wenn dieselben ungewöhnlich sind, die Grundsätze der §§ 329 ff. eintreten, sind in den §§ 175 ff. I 11 ALR. nicht aufgehoben, sondern nur näher bestimmt. Der allgemeine Satz gilt auch für gemeine Lasten, d. h. gewöhnliche werden in der Regel nicht vertreten. Es handelt sich in den §§ 175 ff. nicht von ex titulo speciali aufgelegten Lasten, sondern von fortdauernden öffentlichen Lasten oder Abgaben, §§ 178—182. Der § 183 spricht im Gegensatze zu dem § 175 den Satz aus, daß Servituten und nicht gemeine Lasten und Abgaben dem Käufer angezeigt sein müssen, widrigenfalls sie vertreten werden sollen. Der Gesetzgeber geht nämlich von der Ansicht aus, daß der Käufer die Existenz von gemeinen Lasten voraussetzen müsse, und es seine Sache sei, sich danach zu erkundigen, und daß er daher, wenn die Gewährleistung nicht versprochen, oder die Existenz der Last nicht abgeleugnet ist, in die Uebernahme gewilligt habe, und nur durch seine Schuld mit der Existenz und dem Umfange der Lasten unbekannt gewesen, §§ 48, 49 I HypO. Solche gemeine Lasten und Pflichten dauernder Art bedürfen eben deshalb nicht der Eintragung, und daß diese dennoch erfolgt, ist an sich für die Streitfrage gleichgiltig. Ebenso ist es unerheblich, ob die in Rede stehenden kirchlichen Abgaben, welche, wie der App.-Richter feststellt, aus der kirchlichen Verfassung zu Nakel entsprungen sind, durch die Qualität der Grundstücke, daß nämlich nur die Besitzer der Grundstücke, welche ursprünglich evangelisch oder katholisch waren, für die eine oder andere Abgabe haften, unterschieden sind. Denn die Qualität der Grundstücke als solche ist in dem § 183 bezeichnet; es ist ein objektives Kriterium aufgestellt, und es ist das subjektive, ob der ursprüngliche Besitzer der einen oder anderen Konfession angehört, unerheblich, da die Grundstücke überhaupt nur für eine der beiden Abgaben-Kategorien haften sollen, die andere mithin von

---

Falle hatte A. an B. verkauft, nachdem die Pflasterung beendet. Die Pflasterungskosten wurden von B. als dem dinglich Verpflichteten eingefordert. Sein Regreß gegen A. drang durch, weil die Last vor dem Verkauf begründet, der Beitrag entweder als Rückstand oder als außerordentl. Last im Sinne § 180 h. t. anzusehen war. Besitzveränderungsabgaben, Laudemien, können gem. Lasten sein, wenn sie nicht auf speziellem Titel beruhen, ObTr. 28 S. 406; Präj. 2550, sondern auf der Verfassung des Orts, Kreises, der Provinz. Regelmäßig beruhen sie auf privatem Titel und sind eine persönl. Pflicht des Käufers, nicht des Verkäufers, für welche der Verkäufer daher nicht aufzukommen hat, StrA. 95 S. 97 (gem. R.). Vgl. darüber bei I 18 und über die gem., der Eintragung nicht bedürfenden Lasten bei I 19. Ueber die Renten bestimmt § 12 Abs. 3 des EigenthGes. und § 27 Abs. 2 des SubhGes. v. 13. Juli 1883. Dieselben haben danach hinsichtlich des Vorzugsrechts u. der Beitreibung die Rechte der Staatssteuern; dadurch sind sie aber für das Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer nicht gem. Lasten geworden. Für dies Verhältniß kommt es darauf an, welcher Natur die Last war, an deren Stelle die Rente getreten, §§ 18, 20 Rentenbankges. v. 2. März 1850. Auch der Umstand allein, daß eine Rente auf allen Grundstücken eines Orts ruht, entscheidet allein nicht,

BAYERISCHE STAATS BIBLIOTHEK MUENCHEN

selbst wegfällt; wenn aber die Grundstücke für beiderlei Abgaben haften, entweder die Einziehung der Abgaben temporär ruht, oder, wie dies rechtlich sehr wohl möglich, beide Abgaben als Reallasten haften können; wie denn anerkanntermaßen selbst der Warschauer Traktat von 1768 die Dissidenten von dem Zehnten und Meßkorn nicht befreit, ObTr. 42 S. 316; StrA. 34 S. 258, und sehr wohl Reallasten für Geistliche beider Konfessionen auf einem Grundstücke haften können. Ob also die in Rede stehende Verpflichtung des Grundstückes für beiderlei Abgaben begründet ist, ob sie nur eine alternative ist, ob sie während des Besitzes eines Mitgliedes einer anderen Konfession ruht oder nicht, dies Alles, was nicht Gegenstand des Streites ist, betrifft nicht die Frage, ob die Abgaben auf Grundstücken gleicher Art haften, nicht die Natur der Grundstücke, sondern die Existenz, den Umfang und die Einziehbarkeit der Abgabe. Vielmehr ist die Frage, ob die in Rede stehende Abgabe auf allen Grundstücken gleicher Art hafte, wesentlich eine thatsächliche. Nimmt der Richter, wenn auch unrichtig, an, daß dies der Fall sei, so kann er doch nicht rechtsgrundsätzlich gegen die §§ 333—335 I 5, §§ 175, 183 I 11 ALR. gefehlt, das Wesen der gemeinen Reallasten verkannt haben, auch nicht rücksichtlich der Abgabe für den evangelischen Geistlichen, für welche die Häuser, und, wie der App.-Richter bemerkt, selbstverständlich mit ihren Pertinentien hafteten. Nimmt der App.-Richter an, daß die in Rede stehenden Abgaben auf allen Grundstücken zu Nakel hafteten, so kann er nur thatsächlich gefehlt haben, in welcher Beziehung eine Rüge nicht aufgestellt ist. Richtig ist allerdings, daß der § 183 l. c. die Worte enthält „in der Provinz", und daß der App.-Richter nicht feststellt, daß die Abgaben auf allen Grundstücken in der Provinz hafteten. Allein dies erscheint nicht als erheblich. Der gedachte Zusatz, welcher im gedruckten Entwurfe noch fehlt, kann, gegenüber der Fassung des § 175 und dem § 48 I HypO., welcher gemeine Lasten und Pflichten nach der Verfassung des Ortes, Kreises oder der Provinz erwähnt, nur soviel bedeuten sollen, als „Gegend", er würde sonst mit dem Begriffe der gemeinen Last überhaupt im Widerspruche stehen und es ist ein Grund nicht ersichtlich, weshalb der § 183 von dem § 175 und der HypO. abgewichen sein sollte. Haftet also eine Last auf allen städtischen Grundstücken, und gehört das Grundstück in Rede dazu, so ist es offenbar Sache des Käufers, sich um die lastenden Abgaben, welche auf öffentlicher Stadtverfassung beruhen, zu erkundigen, zumal präsumtiv alle Grundstücke Lasten für Erhaltung der Geistlichkeit zu tragen haben. Die Worte „in der Provinz" haben keine wesentliche Bedeutung und schließen jedenfalls die analoge Anwendung nicht aus. Ein argumentum a contrario läßt sich aus diesen beschränkenden Worten nicht herleiten.

Gründe: c. Das ALR. I 5 § 336 verweist, nachdem über die Gewährleistung wegen der der Sache anklebenden gewöhnlichen oder ungewöhnlichen Lasten in den §§ 333—335 allg. Vorschriften ertheilt worden sind, wegen der näheren Bestimmungen ausdrücklich auf die Festsetzungen bei den verschiedenen Arten der Verträge. Demgemäß ist in I 11 §§ 175, 183—185 Bestimmung getroffen. Für die vom Ver-

---

da dies auf dem zufälligen Zusammentreffen desselben privaten Titels beruhen kann, Erk. b. Danach ist z. B. eine an Stelle eines Erbpachtkanons getretene Rente keine gem. Last, StrA. 96 S. 112; 51 S. 172 (gem. R. l. 1 § 1; l. 21 § 1; l. 39, 41 D. 41, 1). Auch die aus dem aufgelösten Lehnsverbande hervorgehende Verpflichtung des Lehnsbesitzers zur Zahlung der Allodifikationssumme, z. B. § 13 Ges. v. 4. März 1867, ist keine gem. Last, auch wenn sie auf allen Gütern der Gegend ruhen sollte, ObTr. 81 S. 105; vgl. bei I 18.

Unter § 183 fallen alle auf privatem Titel beruhenden Lasten, Reallasten, Renten, die nicht die Natur der gem. Last haben, StrA. 96 S. 112; 51 S. 172, Erbpacht, Erbzinskanon, StrA. 55 S. 314, Servituten aller Art, Nießbrauch, Wohnungsrecht, auch die durch den Besitz dinglich werdenden, jetzt regelmäßig der Eintragung bedürfenden, § 12 EigenthGes., obligatorischen Rechte, wie z. B. Pacht und Miethe. Hinsichtlich der Pacht und Miethe vgl. Erk. b. Nr. 197, bezüglich der Servituten StrA. 16 S. 27; 53 S. 19 unt. Nr. 198a. Für gem. R. vgl. RG. 4 S. 194; l. 59 D. 18, 1; l. 75 D. 21, 2. Ein Beispiel vgl. im Erk. c. Nr. 177. Daß Ausgedinge, Leibgedinge, Auszug, Altentheil, § 76 GrundbO., zu den Reallasten im Sinne § 183 gehört, steht jetzt nicht mehr in Frage; dabei macht es keinen

käufer dem Käufer zu leistende Gewähr ergiebt sich hiernach von selbst der Unterschied zwischen 1) solchen Lasten, welche der Käufer, auch wenn er sie nicht kannte, allein tragen muß, § 175; — 2) solchen Lasten, welche er nur zu tragen hat, wenn er solche ausdrücklich übernommen hat, § 184, u. — 3) solchen Lasten, welche er nur dann, ohne Eviktion, tragen muß, wenn der Verkäufer ihm Anzeige davon gemacht hat, § 183. Dieser § 183 ist sehr bestimmt und ganz allgemein gefaßt. Er enthält, was doch sonst hier, wo der eigentliche Sitz der Materie ist, hätte geschehen müssen, keine Beschränkungen in Betreff der aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Lasten. Im Gegentheil ist aus dieser Vorschrift selbst zu entnehmen, daß eine solche Beschränkung nicht beabsichtigt sein könne. Die gemeinen Lasten, von denen im § 175 die Rede ist, bedürfen überhaupt, auch um als dingliche Lasten auf den dritten Erwerber überzugehen, nach § 48 I HypO. keiner Eintragung.*) Dagegen werden die im § 183 erwähnten Lasten und Abgaben der Regel nach zu denjenigen gehören, welche nach § 49 I HypO. eingetragen sein müssen, um auf den dritten Besitzer überzugehen, weil dieselben vermöge speziellen Titels auf das Grundstück gelegt sind. Solche eingetragene Lasten müssen von dem Käufer an den Berechtigten entrichtet werden, ohne daß er nach § 19 I 4 ALR. eine Unkenntniß von diesen Lasten gegen den Berechtigten vorschützen darf. Wenn nun also, wie hier überhaupt, so auch im § 183 von einer Vertretung oder Gewährleistung für ungewöhnliche Lasten des Grundstückes seitens des Verkäufers dem Käufer gegenüber die Rede ist, so müssen unter diesen Lasten doch offenbar auch solche verstanden sein, welche eben deshalb, weil sie eingetragen waren, auf den Käufer übergegangen sind, und von ihm, ohne daß er dem Berechtigten gegenüber seine Unkenntniß vorschützen darf, entrichtet werden müssen. Das ALR. muß beim § 183 also nothwendig auch hypothekarisch eingetragene Lasten und Abgaben solcher Art im Auge gehabt haben, da sonst der Fall einer Gewährleistung für dieselben und zwar bei der damals noch bestehenden Zwangstitelberichtigung, der durchgreifenden Regel nach gar nicht denkbar wäre. Das Präjudiz, welches den Verkäufer von der Anzeige dieser Last dann entbindet, wenn letztere im Hypothekenbuche eingetragen ist, würde also in der That dem § 183 in seiner gesetzlich vorausgesetzten regelmäßigen Anwendung entgegenstehen. Der PlBeschl. v. 22. April 1844,**) ObTr. 10 S. 13, entscheidet die hier vorliegende Frage nicht. Denn nach den Motiven desselben wird der Rechtssatz: Unter den im § 342 I 11 ALR. erwähnten Lasten, welche bei gerichtlichen nothwendigen Verkäufen durch den Zuschlag auf den Käufer übergehen, sind nicht blos die keiner Eintragung bedürfenden im § 49 (soll 48 heißen) I HypO. bezeichneten, sondern auch diejenigen im § 48 ebendas. (soll 49 heißen) gedachten Lasten zu verstehen, welche aus besonderen Kontrakten oder sonstigen speziellen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen sind, — gerade auf die

---

*) Vgl. jetzt EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 12; GrundbO. §§ 11, 73.
**) Vgl. zu §§ 340 ff. h. t.

Unterschied, ob das Altentheil in Wohnung oder Geld= und Naturalprästationen besteht, StrA. 10 S. 229; 12 S. 25; 14 S. 217. Vgl. darüber Nr. 208. Das Besondere dieser Lasten und der Unterschied von den in § 184 behandelten Privatschulden beruht darauf, daß jene von Natur dinglich sind, den Besitzer als solchen verpflichten, eine Qualität des Grundstücks bilden, während diese ursprünglich persönliche Verbindlichkeiten, Obligationen, sind, für welche das Grundstück nur accessorisch, zur Sicherheit, haftet. Auf diesen Unterschied verweist Erk. d. in einem sehr markanten Beispiel. Vgl. über die Natur der Reallasten auch zu I 19. Der Unterschied wird vielfach nur konkret unter Beachtung aller Verhältnisse zu finden sein. Ein Beispiel giebt außer dem Erk. d. auch ObTr. 31 S. 385. In diesem Falle hatte A. an B. zwei Güter verkauft, auf denen in Abth. II eingetragen stand: „die ... durch die Urkunde vom ... für die männliche Linie der v. B. angeordnete Familienstiftung von 10000 Thlr., welche Stiftung auf dies Gut radicirt ist". Als der Käufer Befreiung forderte, weil er die Last nicht übernommen, fragte sich, ob das Stiftungskapital der Art auf das Gut gelegt, daß die Zinsen aus den Nutzungen des Guts zu entnehmen, der Besitzer nicht persönlich, sondern nur als Besitzer verhaftet, oder ob der erste Besitzer der persönlich Verpflichtete,

oben aufgeführten §§ 175, 183, 185 gestützt, indem dort gesagt wird: Diese Vorschriften betreffen zwar nur die Rechte des Käufers dem Verkäufer gegenüber, allein sie ergeben zugleich, wie dabei vorausgesetzt ist, daß der Käufer die fraglichen Lasten anzuerkennen und zu übernehmen verpflichtet war, denn sonst lag der Fall einer Gewährleistung gar nicht vor und konnte von einer Vertretung seitens des Verkäufers nicht die Rede sein. Wenn nun aber nach den hier allegirten Bestimmungen der Verkäufer namentlich auch die aus speziellen Titeln eingetragenen und dadurch dem Grundstücke anklebenden Lasten vertreten soll, so folgt auch daraus, daß der Käufer sie übernehmen muß. Es wird also hier ebenfalls geltend gemacht, daß der § 183 nothwendig eine Haftbarkeit gegen den Berechtigten voraussetzt und auch eine solche Haftbarkeit umfaßt, welche nur durch die Voraussetzung der Eintragung dem Berechtigten gegenüber begründet wird. Ist aber die Vertretung, von welcher der § 183 für den Fall der unterlassenen Anzeige spricht, ohne Haftbarkeit des Käufers gegen den Berechtigten und diese wieder, in den meisten Fällen ungewöhnlicher Lasten der Regel nach, ohne Eintragung der Last nicht denkbar, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit von selbst, daß diese Anzeige dadurch nicht ausgeschlossen sein könne, daß die Last eingetragen gewesen.

Diesem Argumente und der an und für sich bestimmten und unbedingten Fassung des § 183 gegenüber erscheinen die Gründe, welche für das Präjudiz 1846 angeführt worden sind, nicht erheblich. Der erste Grund, von dem hierbei ausgegangen wird, besteht wesentlich in dem Präj. Nr. 807 v. 25. Jan. 1840; ObTr. 6 S. 178, welches dahin lautet: Die hier dem Verkäufer zur Pflicht gemachte Anzeige hat nur den Zweck, den Käufer von dem Dasein einer Privatdienstbarkeit oder Last in Kenntniß zu setzen, und sie ist daher in dem Falle nicht wesentlich nöthig, wo der Käufer die Existenz der auf dem verkauften Grundstücke haftenden Last oder Dienstbarkeit auf andere Weise, vor abgeschlossenem Kaufe mit Zuverlässigkeit in Erfahrung gebracht hat. Wenn nun zur Begründung des Präj. Nr. 1846 gesagt wird: in den Motiven zum PlBeschl. v. 22. April 1844 und zu der Entscheidung v. 25. Jan. 1840 sei bereits dargelegt, daß in Beziehung auf § 183 derjenige Käufer, welchem das Dasein der fraglichen Lasten ohne sein grobes oder mäßiges Versehen nicht hätte unbekannt sein können, demjenigen Käufer ganz gleichstehe, welchem das Dasein dieser Lasten wirklich bekannt gewesen sei, so muß zuvörderst wiederholt bemerkt werden, daß jener Plenarbeschluß und dessen Motive über diese Frage gar nichts enthalten, das Präj. v. 25. Jan. 1840 aber auch in seinen Motiven nicht soweit geht, denjenigen Käufer, welchem das Dasein der fraglichen Lasten ohne sein grobes oder mäßiges Versehen nicht hätte unbekannt bleiben können, dem darum wissenden Käufer völlig gleich zu stellen. Die Anzeige, so heißt es in jenen Motiven, habe nur den Zweck, dem Käufer die Kenntniß der im § 183 bezeichneten Lasten zu verschaffen. Habe mithin der Letztere von den Privatlasten auf anderem Wege Nachricht erhalten, so müsse dies die nämliche Wirkung haben, wie die vorgeschriebene Anzeige, indem eben nur das Wissen von dem Vorhandensein der Last wesentlich sei. Der Käufer, der die Last gekannt habe, würde offenbar in bösem Glauben sein, wenn er dessenungeachtet das Unterbleiben

---

das Gut zur Sicherheit für diese persönl. Verpflichtung hypothecirt. Konkret ist in allen Instanzen das Letztere angenommen, vom ObTr. in den Gründen auf den Unterschied der beständigen (nicht gleich mit unabänderlichen), mit dem Grundstück dauernd verbundenen, seiner Natur nach dinglichen Last und dem accessorischen dinglichen Recht zur Sicherheit eines persönl. Hauptrechts hingewiesen. Vgl. bei I 19. Ob dies konkret gerechtfertigt war, konnte sehr zweifelhaft sein. Denkbar ist solche Familienstiftung als persönl. R., regelmäßig wird das Gegentheil anzunehmen sein. Ueber die Natur der Verpflichtung des Lehnsbesitzers zur Bezahlung der Allodifikationssumme bei Auflösung des Lehnsverbandes in Folge der betr. Gesetze vgl. Rehbein u. R. ALR. II S. 270 ff., vgl. bei I 18.

Ablösungskapitalien für abgelöste Handdienste, Geld- und Naturalzinsen sind, obwohl diese Lasten unter § 183 h. t. fallen, in StrA. 79 S. 67 als Privatforderungen mit accessorischem Pfandtitel aufgefaßt, weil der Berechtigte nach §§ 24, 38 der AblösO. v. 7. Juni 1821 (GS. S. 77) die Ausstellung seinerseits unkündbarer Obligationen über die Ablösungssumme verlangen kann, die Ablösungssumme der Kaufpreis für die abgelösten Berechtigungen,

der Anzeige für sich geltend machen wollte. In gleicher Art ist in dem späteren Präj. Nr. 1757 v. 18. April 1846 (Samml. 1 S. 51) gesagt worden: damit der Verkäufer von der Vertretung befreit bleibe, genüge es, daß die Verbindlichkeiten aus Verpachtungen vor Abschluß des Kontrakts dem Käufer bekannt gewesen seien. Ueberall ist hier die Befreiung von der im § 183 vorgeschriebenen Anzeige nur auf den Fall beschränkt, daß der Käufer vor oder bei Abschluß des Kontrakts Kenntniß von der Last wirklich gehabt habe. Das Motiv zu dieser allerdings schon eine Einschränkung des § 183 enthaltenden Annahme, deren Richtigkeit jedoch hier nicht in Frage gestellt und untersucht werden soll, ist aber gerade nur darin zu finden, daß der Käufer, welcher die Last schon kennt, einer Bekanntmachung mit derselben nicht mehr bedarf und er sich in bösem Glauben befinden würde, wenn er dennoch aus der unterlassenen Anzeige einen Anspruch auf Schadensersatz herleiten wollte, da er doch beim Kauf die Last berücksichtigt und den Preis danach bestimmt haben wird. Ganz anders liegt nun aber der Fall, wenn der Käufer von der Last keine Kenntniß gehabt und also wahrscheinlich einen um so höheren Preis bezahlt hat. Von einer mala fides des Käufers, welcher deshalb Gewährleistung verlangt, kann hier selbstverständlich nicht die Rede sein. Wie hier aber von einem Versehen des Käufers dem Verkäufer, als Mitkontrahenten, gegenüber deshalb die Rede sein könnte, weil er das Hypothekenbuch nicht eingesehen und sich nicht dadurch Kenntniß von der Last verschafft habe, will schon deshalb nicht einleuchten, weil der § 183 ja gerade dem Verkäufer die Pflicht ganz positiv auferlegt, dem Käufer die fragliche Last anzuzeigen und daher, selbst abgesehen davon, daß der § 183 unzweifelhaft auch die im Hypothekenbuche eingetragenen Lasten betrifft, den Käufer von der Ausübung einer eigenen Thätigkeit, um sich jene Kenntniß erst zu verschaffen, entbindet. Nur dem Verkäufer kann es, dem Käufer gegenüber, als ein Versehen und als Nichtbefolgung einer ihm obliegenden Schuldigkeit angerechnet werden, wenn er den Käufer in Unwissenheit über die Last gelassen hat. Hat er aber selbst darum nicht gewußt, so ändert dies nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 185 nichts in seiner Vertretungsverbindlichkeit. Er muß Gewähr leisten, weil auch dann präsumtiv die Kontrahenten einen höheren Preis verabredet haben, als verabredet sein würde, wenn die dingliche Last ihnen bekannt gewesen wäre, weil sich also sonst der Verkäufer mit dem Schaden des Käufers widerrechtlich bereichern würde.

Die Schlußfolgerung, daß, wenn die im § 183 bezeichnete Last im Hypothekenbuche über das Grundstück eingetragen stehe, der Käufer des letzteren rechtlich für einen solchen gelten müsse, welchem die fragliche Last bei der Kaufhandlung bekannt gewesen sei, steht daher mit jenen Bestimmungen der §§ 183—185 und der darin dem Verkäufer auferlegten Pflicht in einem nicht zu lösenden Widerspruche. Es wird zwar für diese rechtliche Präsumtion zunächst darauf verwiesen, daß das ALR. sowohl im Allgemeinen, als auch in einzelnen Fällen denjenigen, welchem etwas bekannt war, und denjenigen, welchem etwas ohne sein eigenes grobes oder mäßiges

---

damit eine wirkliche Obligation ist, für welche das Grundstück accessorisch haftet, wenn auch das Ablösungskapital das Vorzugsrecht der abgelösten Lasten vor den Hypotheken genießt.

Praktisch bedeutsam ist der Unterschied zwischen den Lasten in § 183 und den Privatverbindlichkeiten mit accessorischem Pfandtitel in § 184, weil im Fall des § 183 die Gewährl. durch die Anzeige, in § 184 nur durch die ausdrückliche Uebernahme der Schuld ausgeschlossen wird, wovon nur für den Kauf in P. u. B. in § 187 eine Ausnahme gemacht. Daß im Falle des § 183 die Anzeige erforderlich, auch wenn die Last eingetragen, ist im Erk. c. begründet und nicht mehr kontrovers. Die bloße Anzeige genügt, um die Vertretung auszuschließen, ohne daß die Uebernahme durch den Käufer oder die ausdrückliche Ausschließung der Gewähr erforderlich, StrA. 29 S. 227. Die Eintragung ersetzt weder die Anzeige noch begründet sie allein das Wissen von der Last aus § 19 I 4; Erk. c. und ebenso StrA. 96 S. 112, was namentlich auch für den Beginn der Verj. aus § 344 I 5 erheblich. Vgl. Nr. 117 Bd. I S. 523. Dagegen soll nach der konstanten Praxis des ObTr. das Wissen, die zuverlässige Kenntniß von der Last die Anzeige ersetzen. So das im Erk. c. citirte Präj. ObTr. 6 S. 178; ObTr. 36 S. 59 (StrA. 25 S. 153); ObTr. 43 S. 94.

Versehen nicht unbekannt sein konnte, einander ganz gleichstelle. Es wird hierbei Bezug genommen auf ALR. I 3 §§ 16, 17, wonach Jeder Aufmerksamkeit anzuwenden hat, daß er den Gesetzen gemäß handele, und der ein Versehen begeht, welcher aus Mangel dieser Aufmerksamkeit wider die Gesetze handelt; ferner auf I 4 §§ 81, 82, wonach Irrthum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, die Willenserklärung entkräftet, dieselbe jedoch besteht, wenn der Irrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat; dann weiter auf I 16 § 39, wonach der Grund der Ungiltigkeit einer geleisteten Zahlung, welcher in der Dispositions-Beschränkung des Empfängers zu finden ist, nur dem entgegensteht, welcher die dem Gläubiger gemachte Einschränkung gewußt hat, oder sie nach gesetzlichen Vorschriften hätte wissen können und sollen, I 4 §§ 31 ff.; und endlich auf I 21 § 6. Allein diese Citate beweisen doch jedenfalls nicht die behauptete Gleichstellung des aus grobem oder mäßigem Versehen Irrenden mit demjenigen, welcher sich, als Wissender, in bösem Glauben befindet. Außerdem verlieren jene allgemeinen Bestimmungen aber auch hier alle Bedeutung, weil wegen der dem Verkäufer gesetzlich im § 183 auferlegten Pflicht, den Käufer in Kenntniß zu setzen, ein Versehen des Letzteren darin gar nicht gefunden werden kann, daß er sich nicht selbst Kenntniß durch Einsicht des Hypothekenbuchs oder Auszugs verschafft hat.

In den Motiven des angefochtenen Präjudizes wird gesagt: Wer in Unterhandlungen über den Erwerb eines Grundstücks steht, der mag das Hypothekenbuch selbst einsehen, oder sich einen Hypothekenschein vorlegen lassen, HypO. I § 74; II § 303. Unterläßt er dies, geräth er dadurch in Irrthum über die auf dem Grundstück haftenden Lasten, so ist dies ein Versehen, dessen Folgen er tragen muß. Aber es fehlt zur Unterstützung dieser Behauptung völlig an dem Gesetze, welches dem Käufer zu dieser Einsicht des Hypothekenbuchs oder Hypothekenscheins dem Verkäufer gegenüber verpflichtete und hieran seinen Anspruch auf Gewährleistung knüpfte. Die §§ 183, 185 I 11 sprechen davon nicht und würden, wenn jene Behauptung richtig wäre, bedeutungslos sein. (Folgt weiter die Nr. 53 unter a. Bd. I S. 202 mitgetheilte Ausführung, daß auch § 19 I 4 nicht zutrifft.) —

Gründe: d. Der App.-Richter führt aus, daß die in Rede stehende Verpflichtung weder zu den im § 48 I HypO. bezeichneten gemeinen Lasten, noch zu den im § 49 a. a. O. erwähnten durch besondere Verträge oder sonstige spezielle Rechtstitel auf ein Grundstück gelegten Lasten gehöre, daß sie vielmehr an sich nur ein von der Klägerin eingeräumtes persönliches Recht sei, welches nur durch die Eintragung dinglich geworden. Das letztere ist zunächst thatsächlicher Natur, indem es auf der durch Interpretation des vorliegenden Vertrages gewonnenen thatsächlichen Feststellung beruht, daß die Klägerin die persönliche Verpflichtung übernommen habe, die vier Kinder ihres Ehemannes so lange zu erziehen, zu ernähren, zu bekleiden und zu verpflegen, als sie ihren Unterhalt zu erwerben außer Stande seien, und daß es nicht in der Absicht der Kontrahenten gelegen habe, eine direkt das verkaufte Grundstück treffende, von dem jedesmaligen Besitzer

---

(Aufführung und Berücksichtigung durch Abzug von dem ermittelten Werth in der jetzt fortgefallenen Subhastationstaxe). In dem Falle ObTr. 35 S. 69 forderte der Käufer Gewähr für ein Ausgedinge, welches für seine Eltern auf dem gekauften Grundstück eingetragen war und welches er kannte, da er in dem Hause selbst geboren und groß gezogen war. Die Klage ist mit Rücksicht auf diese Kenntniß abgewiesen.

Daß aus § 183, der das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer betrifft, keine Verpflichtung des Verkäufers dem Berechtigten gegenüber zu entnehmen, dem Käufer Anzeige von der nicht eingetragenen Last zu machen, ist selbstverständlich, vigilantis jura. In StrA. 58 S. 177 hatte A. der Gemeinde gegenüber für sein Gut die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Brücke nebst Damm übernommen. Die Last wurde nicht eingetragen, nach Verkauf des Guts durch A. an B. die Klage der Gemeinde gegen B. abgewiesen. Als sie den A. auf Entschädigung in Anspruch nahm, weil er dem B. die Last nicht angezeigt, ist die Klage abgewiesen.

Weder unter § 183 noch unter § 184 fallen Dispositionsbeschränkungen des Eigenthümers oder des Eigenthums. Sie qualifiziren das Eigenthum und werden nach den Grundsätzen

desselben zu tragende Last zu konstituiren, womit übrigens auch die eigene Anschauung der Klägerin insofern übereinstimmt, als sich dieselbe nicht für verpflichtet hält, dem Verklagten die Kinder zur eigenen Verpflegung zu überlassen, sondern von ihm nur die auf deren Unterhalt verwendeten Geldmittel erstattet verlangt. Als aktenwidrig wird die Interpretation des App.-Richters nicht angefochten, es wird nur behauptet, derselbe verkenne die rechtliche Natur der durch § 4 des Kaufvertrages begründeten Verpflichtung und verletze den § 49 I HypO., sowie die §§ 183, 184 I 11 ALR. Diese Rügen sind jedoch nicht begründet. Denn hat die Klägerin nur eine persönliche Verpflichtung zur Verpflegung der Kinder übernommen, und ist erst durch die nachherige Eintragung ein dingliches Element hinzugetreten, so fehlen die Voraussetzungen, um die Konstituirung einer das verkaufte Grundstück direkt treffenden Reallast annehmen zu können. Wesentlich bei einer solchen ist, daß es sich bei Eintragung derselben nicht um die Konstituirung eines accessorisch dinglichen Rechts zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechts handelt, daß vielmehr dieses Hauptrecht seiner Bestimmung nach ein dingliches ist, d. h. daß die entsprechende Verpflichtung, die Reallast, mit dem Besitze einer bestimmten Sache verbunden sein, daß der jedesmalige Besitzer einer Sache, weil er es ist, eine bestimmte Schuldigkeit zu leisten haben soll, ObTr. 18 S. 319; 29 S. 308; StrA. 10 S. 326.*) Dies genügt, um den Vorwurf einer Verkennung des Rechtsgeschäfts zu beseitigen. Die nähere Bedeutung der erfolgten Eintragung kann hierbei unerörtert bleiben, nur muß zur Widerlegung der Implorantin bemerkt werden, daß auf die nicht festgestellte Verpfändungs-Erklärung kein besonderes Gewicht zu legen ist, indem nach § 8 des Ges. v. 24. Mai 1853 **) die Einwilligung zur Eintragung auf ein bestimmtes Grundstück die Stelle einer Verpfändungs-Erklärung vertritt. Der § 49 I HypO. spricht von Lasten, die auf ein Grundstück durch einzelne Verträge oder sonstige spezielle Rechtstitel gelegt sind; mit Recht hat daher der App.-Richter nach dem, was er über die in Rede stehende Verpflichtung festgestellt hat, diese Vorschrift nicht zur Anwendung gebracht. Dasselbe gilt vom § 183 I 11, welcher von solchen Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben spricht, die nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemein zu sein pflegen, welcher auch nur Lasten vor Augen hat, die ihrer Natur nach das Grundstück treffen und nicht zunächst persönliche Verpflichtungen eines Besitzers zum Gegenstande haben. Auf diese letzteren findet der § 184 a. a. O. Anwendung, welcher daher vom App.-Richter nicht unrichtig angewendet ist.

---

*) Vgl. bei Theil I Titel 19.
**) § 19 Ges. v. 5. Mai 1872.

über Haftung für gewöhnl. vorausgesetzte Eigenschaften vertreten. Die Haftung fällt fort, wenn der Käufer die Eigenschaft gekannt hat. So in dem unt. Nr. 197 erwähnten Erk. StrA. 46 S. 100, wo die Verpflichtung zur unentgeltlichen Abtretung eines Stück Landes eingetragen war, §§ 1, 124 h. t.; §§ 270, 318, 333 I 5. Noch anders lag ObTr. 54 S. 71, wo A. an B. sein Gut verkauft hatte, nachdem bereits seinem Vorbesitzer durch die Landschaft, welche Pfandbriefe auf dem Gute hatte, die Verpflichtung auferlegt war, in den nächsten 10 Jahren jeden Holzausschlag mit Ausnahme der Durchforstungen zu unterlassen. B., der sich an die Beschränkung für gebunden hielt, klagte gegen A. auf Beseitigung der Einschränkung oder Entschädigung. Die Klage ist in 2. u 3. Instanz abgewiesen, weil die Einschränkung entweder eine Beschränkung der Person des Vorbesitzers, keine Gutslast, oder ein aus den gesetzlichen Befugnissen der Landschaft, folgendes, den §§ 441, 442 I 20 (§ 50 Ges. v. 5. Mai 1872) entsprechendes Recht, für welches selbstverständlich keine Gewähr zu leisten.

Die Haftung des Verkäufers für Rückstände von Abgaben, Lasten ist ebenso wie die für rückständige Hypothekenzinsen keine Gewährleistung, vgl. Nr. 117, sondern der Käufer, der sie bezahlt hat, fordert Erstattung vom Verkäufer wie aus Bezahlung fremder Schuld, § 182 h. t.

Nr. 198a. §§ 175 ff., 188 ff., 207 ff. (§§ 170, 171). Kauf. Gewährleistung wegen Mängel. (Lasten. Fehlende Quantität.) Der Inhalt des Gewährleistungsanspruchs.*)

a. Erk. v. 20. April 1863; ObTr. 49 S. 120 (StrA. 50 S. 31).
b. Erk. v. 19. Nov. 1863; StrA. 53 S. 19.
c. Erk. v. 23. Juni 1862; StrA. 49 S. 6.

Im Falle a. hatte A. an B. ein Schmiedegrundstück verkauft, auf welchem, wie sich später herausstellte, für die Gutsherrschaft ein Grundzins und die Verpflichtung haftete, zwei Ackerpferde unentgeltlich zu beschlagen, Lasten, für die A. Gewähr zu leisten hatte. Nachdem B. an C. u. C. an A. wieder zurückverkauft, verlangte B. von A. ausser Erstattung der von ihm gezahlten Rückstände der Lasten, die inzwischen bei der Ablösung in eine Rente von je 4 Thlrn. umgewandelt, Entschädigung aus § 189 h. t. durch Zahlung des kapitalisirten Werths der Renten mit 160 Thlrn. A. widersprach unter Berufung auf §§ 170, 177 h. t. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen. — Im Falle b. stand auf dem von A. an B. verkauften Grundstücke eine Viehtriebsgerechtigkeit eingetragen, für welche A. aufzukommen hatte. Nachdem A. verurtheilt, sie zur Löschung zu bringen, die Löschung aber nicht erfolgte, klagte B. auf Entschädigung durch Zahlung einer dem Minderwerth des Grundstücks durch die Servitut gleichkommenden Kapitalssumme. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. an B. ein Grundstück von 8 Morgen verkauft. Als er den Kaufpreis forderte, exzipirte B., dass das Grundstück $2^1/_2$ Morgen weniger, als zugesagt, enthalte, berechnete den Werth derselben auf 318 Thlr. und stellte diese zur Kompensation. Der 2. Richter verurtheilte, weil B. nur den verhältnissmässigen Werth nach § 171 fordern könne. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Die Ansicht, daß im Falle des § 189 I 11 ALR., nach dessen Vorschrift die vom Käufer nicht übernommene und darum vom Verkäufer zu vertretende, in Gelde oder Naturalien bestehende Reallast nach dem landüblichen Zins-

*) Vgl. die Litteratur unt. Nr. 198. — Ueber den Gewährleistungsanspruch wegen natürl. Mängel vgl. Nr. 99 Bd. I S. 424, Nr. 109 Bd. I S. 490, Nr. 110 Bd. I S. 496, Nr. 111 Bd. I S. 499, Nr. 112 bis Nr. 116 Bd. I S. 501 ff. Die Gewährl. wegen rechtl. Mängel wird vom ALR. in gleicher Weise behandelt. Aus § 188 h. t. geht hervor, daß die Belastung mit einer Reallast, Abgabe, Hypothek, die Mehr- oder Minderbelastung, als eine Eigenschaft des Grundstücks aufgefaßt wird, StrA. 81 S. 242. Der Anspruch geht daher zunächst, §§ 325, 331 I 5, auf Beseitigung des Mangels durch Fortschaffung der Last, der Rücktritt vom Vertr. wird durch die Existenz der Last allein nicht begründet. So der PlBeschl. ObTr. 22 S. 145 (StrA. 4 S. 328) Nr. 104 Bd. I S. 461 u. StrA. 86 S. 1 daselbst. Erk. d. Nr. 99. Dies gilt für Lasten aller Art. Vgl. StrA. 59 S. 23 für Hypotheken bei § 382 h. t. Dieser Anspr. wird, wenn die Last eingetragen, durch diese bloße Thatsache begründet. In StrA. 83 S. 271 war auf dem gekauften Grundstück ein Herbergsrecht eingetragen, für welches der Verkäufer nach § 183 h. t. Gewähr zu leisten hatte. Als der Käufer auf Beseitigung der Eintr. oder Entschädigung klagte, exzipirte der Verkäufer, daß dies Herbergsrecht in Wahrheit nicht bestehe. Dies ist in allen Instanzen verworfen, weil das Gesetz dem Käufer nicht die Pflicht auferlegt, zur Beseitigung einer solchen Eintr. selbst zu klagen, §§ 270, 317 ff., 325, 334 I 5; §§ 135, 136 h. t. Ganz unbedenklich ist dies da, wo die Befreiung des Grundstücks von der den Parteien bekannten, von ihnen als existent vorausgesetzten Last stipulirt ist, weil es sich in solchem Falle nicht um Gewährl. im eigentlichen Sinne, die ihrem Wesen nach Einstehen für die Existenz des als existent Vorausgesetzten oder für die Nichtexistenz des als nichtexistent Vorausgesetzten ist, sondern um vollständige Erfüllung des Vertrages durch Leisten handelt. Vgl. unt. Nr. 99 Bd. I S. 430, 431

fuße zu Kapital gerechnet und nach diesem Kapitale die von dem Verkäufer zu leistende Vergütung bestimmt werden soll, — nicht dieses Kapital selbst die dem Käufer zu leistende Vergütung bilde, vielmehr Kapital, Kaufpreis und Werth die Verhältnißzahlen abgeben, nach welchen die Vergütung zu bestimmen sei, erscheint nicht als zutreffend.

Wie schon bei Gelegenheit des PlBeschl. v. 2. Febr. 1852; ObTr. 22 S. 159*), bemerkt worden, substituirt der § 189 das reine Aequivalent der Last und kommt damit der Erfüllung so nahe wie möglich.

Dadurch wird dasselbe Resultat erreicht, wie in dem Falle, wenn die Belastung von vornherein in einer Kapitalschuld besteht, mit deren Hinwegschaffung sich jener Plenarbeschluß beschäftigt. So wenig es betreffs einer nichtübernommenen Hypothekenpost einer weiteren Proportions-Rechnung bedarf, um festzustellen, daß der Käufer die Sache frei von einer solchen Kapitalpost für den bedungenen Kaufpreis zu behalten hat, und daß der Verkäufer ihm deren Betrag ersetzen muß, ebensowenig ist jene Rechnungs-Operation bezüglich des kapitalisirten Betrages einer nicht übernommenen Reallast erforderlich. Die beregte Verhältniß-Rechnung ist vielmehr nur an ihrem Orte und darum gesetzlich vorgeschrieben, wenn dem Käufer ein Theil der erkauften Sache evinzirt, oder wenn der Kauf nach einem Anschlage geschehen, aber ein denselben nicht erreichender Kaufpreis bedungen ist und in dem Anschlage gemeine Lasten nicht abgezogen sind (§§ 170, 171, 176, 177 a. a. O.). Dann soll eine Berechnung des wahren Werthes des ganzen Grundstückes zur Zeit des Kaufes stattfinden, das Verhältniß des wahren Werthes zum stipulirten Kaufpreise festgestellt und nach diesem Verhältnisse, sofern der Kaufpreis niedriger zu stehen kommt, als der wahre Werth, der Entschädigungsbetrag herabgesetzt werden. Wenn dagegen der Käufer durch den ohne Anschlag erfolgten Kauf eine Zahlungs-Verbindlichkeit überkommen hat, sei es in Kapital oder Rente, so kann jene Proportionsrechnung nicht Platz greifen.

Gründe: b. Die Instanzrichter sind darüber einig, daß der Kläger berechtigt ist, im Wege der Exekution sein Interesse zu fordern. Sie gehen auch beide davon aus, daß dieses Interesse in der Art zu berechnen ist, als wenn Verklagter verurtheilt wäre, das klägerische Grundstück von einer darauf haftenden Servitut zu befreien, obwohl nach dem angegebenen Wortinhalt der Vorentscheidung Verklagter

*) Nr. 104 Bd. I S. 461, 465.

---

u. Nr. 198b. Erst wo die Beseitigung unmöglich, was vielfach der Fall sein wird, kommt wie bei natürl. Mängeln der Rücktritt vom Vertr. oder die Entschädigung durch Ersatz des Minderwerths in Frage. Erste Voraussetzung ist auch hier Möglichkeit der Rückgabe, §§ 327, 328, 331 I 5. Weitere Voraussetzung für den Rücktritt ist aber hier, daß der Käufer in Folge der Last sich der Sache nach Natur und Inhalt des Vertrages zu bedienen gehindert. Dies nicht immer beachtete Requisit ist in § 323 I 5 direkt angegeben und in § 188 h. t. durch die Worte „wo daraus, daß eine solche Last... haftet, zugleich der Mangel einer... Eigenschaft folgt" deutlich genug ausgedrückt. Dies hat auch seinen guten Grund, weil es widersinnig wäre, den Kauf eines Ritterguts aufzuheben, weil vielleicht eine Rente von 50 Pf. oder eine Hypothek von 50 Thlrn. oder eine ganz unschädliche Fußwegsgerechtigkeit sich findet. Ob der Fall des Rücktritts gegeben, ist nur konkret zu prüfen. Er kann z. B. vorliegen in Fällen wie der des Erk. b. Nr. 197, auch wenn keine eigentliche Eviktion vorhanden, in einem Falle wie der ObTr. 76 S. 273 unt. Nr. 104 S. 464, wenn zum Zweck des Baus gekauft, in Fällen anderer Art, wo die Servitut oder Last anderer Art der ersichtlichen Vertragsintention entgegensteht, auch bei Belastung mit Hypotheken, z. B. wenn sie die beabsichtigte Parzellirung vereitelt oder die Verkäuflichkeit aufhebt. Daß die Geltendmachung einer Last bezw. der mit einer Berechtigung verbundene Besitz zu wahrer Eviktion führen kann, darüber vgl. Erk. a. u. b. Nr. 197.

Die act. u. exc. quanti minoris in diesem Falle ist in §§ 189, 190 h. t. geregelt; das quantum minus wird durch das reine Aequivalent der Last, dargestellt durch den zu 5% kapitalisirten Werth der Last, bestimmt. Die §§ 170, 171 h. t. bleiben außer Anwendung. So Erk. a. u. b., letzteres für Servituten. In dem im Erk. b. angezogenen Falle StrA. 16

nur schuldig erachtet ist, den im Hypothekenbuche eingetragenen Vermerk zur Löschung zu bringen.

Die Vorderrichter weichen aber in Folgendem von einander ab: Der erste Richter nimmt an, daß das Interesse des Klägers in einem herauszugebenden Kapital besteht, um welches das Grundstück bei vorhandener Last minderwerth ist, als bei dessen unbeschränkter Nutzung. Nach der Ansicht des zweiten Richters aber kann der Kläger nur die Niederlegung eines Kapitals verlangen, welches nach dem verminderten Nutzungsertrage zu berechnen ist. Aus diesem Kapital soll Kläger sich für die entbehrten Nutzungen Entschädigung verschaffen, so lange der Eintragungsvermerk nicht gelöscht ist, und dieses Kapital soll auch ganz oder theilweise verwendet werden können, um die Löschung des Eintragungsvermerkes herbeizuführen.

Der App.-Richter unterstützt seinen Ausspruch mit zwei Gründen. Er sagt: 1) Es entspricht dies den Grundsätzen der §§ 189 u. 190 I 11 ALR.; und er fährt dann fort: 2) Offenbar würde der Verkl. benachtheiligt werden, wenn er den vom Kläger geforderten und von den Sachverständigen begutachteten Betrag, um welchen sein Grundstück durch die Servitut im Werthe verringert worden, an den Kläger zahlen müßte, und demnächst die Löschung der Servitut im Hypothekenbuch bewirkt würde, ohne daß das Kapital ganz oder zum Theil dazu verwendet wird.

Kläger hat beide Gründe zu widerlegen versucht, und die Verletzung der angeführten Vorschriften, sowie des § 183 a. a. O., außerdem aber auch behauptet, daß der App.-Richter gegen den § 9 der Exek.-O. v. 4. März 1834 und gegen den Grundsatz der res judicata (§§ 65, 66 Einl. AGO.) gefehlt habe.

Der § 9 bestimmt in seinem ersten Satz: Soll eine Handlung geleistet werden, so steht dem Berechtigten, wenn der Verpflichtete es auf Exekution ankommen läßt, die Wahl zu, auf Leistung der Handlung durch den Verpflichteten zu bestehen, oder dieselbe auf dessen Kosten durch einen Dritten verrichten zu lassen oder sein Interesse zu fordern.

Der zweite Richter erkennt an, daß Kläger im Wege der Exekution sein Interesse liquidiren könne. Er hat mithin die angezogene Vorschrift nicht verletzt. Worin aber überhaupt und in einem gegebenen Falle das Interesse des Exekutionssuchers bestehe, ob in der Herausgabe oder in der Sicherstellung eines Kapitals, darüber besagt die Exekutions-Ordnung nichts, der Richter, welcher sich für die eine Meinung entscheidet und die andere verwirft, hat daher diese Ordnung nicht verletzt.

Ebensowenig ist die Beschuldigung zutreffend, daß der Richter wider die Grundsätze der res judicata gefehlt habe. Nach dem Judikat ist Kläger berechtigt, zu verlangen, daß Verklagter eine Löschung bewirke, und nach § 9 der Exekutions-Ordnung daß er im Entstehungsfalle das Interesse des Klägers gewähre. Wenn zu dem

S. 27 exzipirte B. gegen die Kaufgeldklage des A., daß auf dem Grundstücke eine Servitut laste, für welche A. zu haften und durch welche der Ertrag des Grundstücks um 10 Thlr. jährlich vermindert. Dem Käufer ist auch hier ein Abzug von 200 Thlrn. gestattet. (Der 2. Richter hatte gegen § 189 h. t. statt zum landesüblichen Zins von 5 zu 4% kapitalisirt u. 250 Thlr. zugesprochen.)

Bei Hypotheken besteht der Anspr. auf Gewährl. neben dem Recht auf Fortschaffung, Liberirung, Exequation, Nr. 104, und auf Aufhebung des Vertr., wenn in Folge der Geltendmachung der Hyp. dem Käufer das Grundstück wirklich evinzirt, Nr. 197a., in dem Recht auf Sicherung durch Hinterlegung, § 222 h. t., Nr. 198b., wenn die Hyp. noch nicht geltend gemacht; in dem Recht auf Erstattung, wenn die geltend gemachte Hyp. gezahlt ist.

Ueber die §§ 207 ff., Gewährl. wegen fehlender Quantität, vgl. Erk. b. Nr. 116, ein Beispiel in Erk. c. Nr. 194, ferner Erk. b. Nr. 99 Bd. I S. 424 u. OHG. 21 S. 204 unt. Nr. 99 Bd. I S. 427, 432. Wo die Quantität wirkliche Eigenschaft (Quantität bei einer geschlossenen Sache), kann der Mangel sehr wohl auch zur Redhibition führen, wenn er so, daß er den Gebrauch der Sache beeinträchtigt. Für die act. u. exc. quanti min. sind nach § 211 die §§ 170, 171 h. t. maßgebend. Auf die Auslegung desselben bezieht sich Erk. c. Danach hat der Verkäufer zu behaupten und zu beweisen, daß der Ausnahmefall des § 171 vorliegt, d. h. daß der Kaufpreis geringer, als die Taxe des Ganzen, vgl. unt. Nr. 197, zu diesem Zwecke ev. die Taxe des Ganzen herbeizuführen, GesRevPens. 14 S. 64. (Daß diese Vorschrift exzeptioneller Natur analoge Anwendung nicht zuläßt, darüber vgl. RG. 8 S. 206, wo es sich um den Ersatzanspruch des Eigenthümers bewegl., in der Subh. eines Grundstücks als Zubehör mitverkaufter Gegenstände gegen die Hypothekengläubiger handelte.) Ebenso wie

Letzteren Verklagter auch ausdrücklich verurtheilt worden wäre, so würde doch damit nicht die allein streitige Frage: worin das Interesse des Klägers bestehe und in welcher Art es zu leisten sei, entschieden, es würde vielmehr die Beantwortung dieser Frage einem besonderen Rechtsgang vorbehalten sein.

Die §§ 183, 189, 190 I 11 ALR. handeln von der Gewährleistung beim Kauf. Den § 183 hat der zweite Richter nicht angewendet. Die Beschuldigung des Imploranten, daß diese Vorschrift verletzt sei, kann daher nur dahin verstanden werden, daß der Richter dieselbe hätte anwenden sollen. Diese Vorschrift bestimmt, daß der Verkäufer beim Kaufe gewisse Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben zu vertreten schuldig sei. Das Interesse wird im vorliegenden Falle nicht auf Grund eines Kauf- oder anderen lästigen Vertrages, sondern auf Grund der Exekutions-Ordnung verlangt, während die causa, um derentwillen Verklagter die Handlung zu leisten verurtheilt ist, ihrem Rechtsgrunde nach ganz unbekannt ist. Direkt paßt daher der § 183 a. a. O. nicht. Aber auch seinem Inhalte nach würde der Streit durch diese Vorschrift nicht entschieden werden können; denn in derselben wird ausgesprochen, was unstreitig ist, daß der Käufer in dem vorausgesetzten Falle Gewähr leisten müsse, nicht aber, was allein streitig ist, wie diese Gewähr zu leisten sei.

Die §§ 189, 190 a. a. O. handeln von dem Betrage der Entschädigung, welche dem Käufer zu gewähren ist, wenn er von dem Kaufvertrage nicht zurücktreten kann oder will. Ob die hier aufgestellten Regeln direkt oder analog zur Anwendung kommen sollen, darüber spricht sich der App.-Richter nicht aus. Er hält die in diesen §§ aufgestellten Grundsätze für entsprechend, was auf eine analoge Anwendung derselben hindeutet. Gegen eine solche Anwendung dieser Vorschrift läßt sich auch nichts einwenden, denn es handelt sich auch in dem gegebenen Falle um die Entschädigung desjenigen, der eine Last zu tragen hat, von welcher befreit zu werden er rechtlichen Anspruch hat.

Es kann sich also nur weiter fragen: ob der Richter die im Allgemeinen analog in Betracht kommenden Vorschriften richtig ausgelegt hat.

Der § 189 handelt von einer Abgabe, welche in Geld oder Naturalien besteht. In diesem Falle soll die Abgabe nach dem landüblichen Zinsfuß zu Kapital gerechnet und nach diesem Kapital die von dem Verkäufer zu leistende Vergütung bestimmt werden.

Von einer Abgabe ist vorliegend nicht die Rede; der § 189 ist daher hier direkt nicht maßgebend. Der § 190 verordnet: Besteht aber die Last in Handlungen oder Leistungen, die sich auf eine jährliche Geldsumme nicht zurückbringen lassen, so muß

Erk. c. auch StrA. 58 S. 171 unt. Nr. 194 beim Tausch, StrA. 15 S. 98 für den Fall theilweiser Eviktion, StrA. 16 S. 298; 52 S. 168 (unt. Nr. 116 Bd. I S. 514, 515 u. unt. Nr. 198b.) In StrA. 16 S. 298 u. 52 S. 341 ist zugleich der unbedenkliche Satz ausgesprochen, daß, wo es sich um Mangel in der Fläche eines ganzen Areals handelt, die Entschädigung nach der mittleren Beschaffenheit und dem Durchschnittswerth der wirklich vorhandenen Fläche zu bestimmen. In StrA. 16 S. 298, wo A. an B. ein Gut von angeblich 4 Hufen 13 Morgen verkauft, nachher sich nur $^1/_3$ dieser Fläche fand und der Käufer deshalb Ersatz verlangte, hatte der 2. Richter auch aus dem Grunde abgewiesen, weil nicht festzustellen, von welcher Qualität die fehlende Quantität sei! Das ObTr. sagt treffend, daß dies das Gesetz illusorisch machen heiße, von der Beschaffenheit der wirklich übergebenen Sache auszugehen sei. Eine weitere Frage behandelt StrA. 52 S. 341. A. hatte sein Bauergut für 10800 an B. verkauft. B. behauptete, daß A. ein Areal von mindestens 300 Morgen zugesichert, daß 45 M. 73 R. fehlten, und forderte deshalb Entschädigung, die er mit $^1/_{300}$ des Kaufpreises für jeden fehlenden Morgen berechnete. Dies war jedenfalls falsch, weil in dem Kaufpreis auch der Preis für Gebäude steckte. Der 2. Richter stellte aber fest, daß die Taxe des ganzen Areals 4749, des fehlenden Areals danach 847, erhöhte den letzteren Betrag aber, weil der Kaufpreis höher als die Taxe. Das ObTr. vernichtete und sprach nur den taxirten Werth der fehlenden Fläche zu, weil daraus, daß die Vergütigung für die fehlende Fläche nach § 171 h. t. nach Verhältniß der Taxe des Ganzen zu dem verabredeten niederen Kaufpreise zu fordern, nicht folge, daß sie auch im Verhältniß der Taxe zu dem höheren Kaufpreise gefordert werden dürfe. Dies sei nur zulässig, wenn dolus oder c. lata vorliege und deshalb das Interesse verlangt werden könne, §§ 285 ff.,

dieselbe von vereideten Sachverständigen nach dem Maße geschätzt werden, als der wahre Werth des Grundstücks durch diese Last vermindert wird. Wörtlich genommen, paßt auch diese Vorschrift auf Grundgerechtigkeiten, weil diese nur zum Dulden oder Nichthandeln verpflichten, nicht. Die analoge Anwendung aber kann keinem Bedenken unterliegen.

Nach Inhalt der §§ 189, 190 a. a. O. aber hat der Verpflichtete an den Berechtigten im Vertretungsfall den Kapitalwerth der Last oder Abgabe herauszugeben, und dieser Werth ist, wo die jährlichen Gelderträge zu ermitteln sind, nach dem landüblichen Zinsfuß, sonst aber nach dem Gutachten Sachverständiger zu bestimmen.

Dem entsprechend hat der dritte Senat des ObTr. in der Entscheidung (StrA. 16 S. 27) bereits angenommen, daß die gedachten Vorschriften auch bei Servituten Anwendung finden, und daß das Entschädigungskapital nach dem zwanzigfachen Betrage des jährlichen Minderertrages zu berechnen ist.

Hiernach hat der zweite Richter die angezogenen Vorschriften, deren analoge Anwendung zuzugeben ist, unrichtig ausgelegt und angewendet; weshalb denn auch die darauf gestützte zweite Entscheidung zu vernichten ist.

Denn die weitere Bemerkung des Richters, daß der Verklagte durch die Zahlung der Entschädigung benachtheiligt werden könne, erscheint nicht als ein selbstständiger Entscheidungsgrund, sondern als eine jedenfalls unrichtige Folgerung aus den §§ 189, 190 a. a. O. Auch bei der Gewährleistung hören die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten durch die Entschädigung des Verletzten auf. Ob und auf welche Art späterhin die betreffende Last oder Abgabe aufgehoben wird, das begründet für den Gewährleistenden gar keine Rechte oder Pflichten.

In der Sache selbst fordert Kläger seine Entschädigung so, als wenn Verklagter verurtheilt wäre, sein Grundstück von einer Servitut zu befreien. Das Erkenntniß liegt nicht vor. Nach den eigenen Anführungen des Klägers aber ist Verklagter nur für schuldig erachtet, einen auf die Existenz der Servitut gerichteten Eintragungs-Vermerk im Hypothekenbuch zur Löschung zu bringen. Es leuchtet aber ein, daß beides verschieden ist. Die Servitut kann der Löschung ungeachtet fortbestehen, sie kann aber auch, wenngleich der Eintragungsvermerk noch existirt, bereits erloschen sein. Das Interesse, welches Kläger bei der Löschung des Vermerks hat, ist nicht identisch mit demjenigen Interesse, welches bei der Befreiung des Grundstücks von der Servitut in Betracht kommt. Der Kläger, welcher letzteres liquidirt, könnte daher bei dem mitgetheilten Wortinhalt des Vorerkenntnisses angebrachtermaßen abgewiesen werden.

Indessen gehen nicht nur die beiden vorigen Richter von der Voraussetzung

349, 351 I 5; §§ 5, 6 I 6. Der Satz des ObTr. ist sehr bedenklich. Nach § 171 soll der Käufer grundsätzlich so viel zurückerhalten, als von dem Kaufpreise auf das fehlende Quantum fällt; präsumtiv ist für das Ganze der durch die Taxe festgestellte Werth gezahlt; wird erwiesen, daß weniger gezahlt, so soll der Käufer keinen Vortheil aus dem Fehlen des Quantums ziehen, sondern nur erhalten, was er an Kaufpreis wirklich zu viel gezahlt. Ist der Kaufpreis höher als der Taxwerth und erhält der Käufer nur den Taxwerth, so zieht der Verkäufer aus dem Fehlen des Quantums einen Vortheil ohne ersichtlichen Grund. Denn hat er ein Areal von 100 Morgen, das durchschnittlich 50 pro Morgen werth, für 10000 verkauft (100 pro Morgen), und fehlen 50 Morgen, so erhält der Käufer nach dem Satz des ObTr. 2500, während der Verkäufer für 50 Morgen, die er wirklich gegeben, nicht blos die vom Käufer präsumtiv bewilligten 5000 (100 pro Morgen, 5000 pro 50 Morgen), sondern 7500 behält. Dies Resultat kann nicht gewollt sein.

Unbedenklich ist dagegen ObTr. 49 S. 125. A. hatte ein Bauergut mit Zusage bestimmter Fläche an B. verkauft, der Entschädigung forderte, weil 6 Morgen fehlten. Die fehlende Fläche wurde auf 649 taxirt, vom 2. Richter aber nur 525 zugesprochen, weil von den auf dem ganzen Gute haftenden Lasten der verhältnißmäßige Theil abzuziehen. Das ObTr. hat vernichtet und die ganzen 649 zugesprochen, weil der 2. Richter offenbar übersehen, daß die auf dem ganzen Gute haftenden Lasten dem Käufer so wie so zur Last blieben und weder durch das Fehlen der 6 Morgen, noch wenn dieselben dabei, andere wurden, der Käufer vielmehr bei Adoption der Auffassung des 2. Richters den verhältnißmäßigen Theil der Lasten doppelt zu tragen gehabt hätte.

Ueber die Verjährung des Anspruchs vgl. Nr. 117 Bd. I S. 523.

aus, daß Verklagter nach dieser Entscheidung des Klägers Grundstück von der Servitut selbst zu befreien habe, sondern Verklagter selbst erklärt sich damit einverstanden, daß Kläger eventuell auf Grund des Erkenntnisses den Werth des Viehtriebsweges zu beanspruchen habe. Hiernach ist es nicht am Orte, dem Vorerkenntniß eine andere Bedeutung beizumessen, als dieselbe nach den eigenen Auslassungen der streitenden Theile hat.

Kläger hat den Werth gefordert, um welchen sein Grundstück bei der Existenz des Viehtriebes im Ertrage vermindert wird. Er behauptet, daß er den Theil des Grundstücks, auf welchem der gedachte Weg geht, unbenutzt liegen lassen müsse, und daß dessen Ertragswerth den Zinsen eines Kapitals von 150 Thlrn. gleichkomme.

Verklagter hat zwar den Umfang des Weges und den Werth desselben, wenn es als Wiesenland benutzt werden könne, bestritten. Es ist jedoch von drei Sachverständigen bekundet worden: daß die Viehtrift 1¼ Morgen umfasse, daß sie mit leichter Mühe in Wiese umgewandelt werden könne, und daß alsdann das Grundstück des Klägers 150 Thlr. mehr werth sein würde. Es läßt sich voraussetzen, daß den Sachverständigen hierbei der jährliche Ertragswerth und der landübliche Zinssatz zur Richtschnur gedient haben. Auch hat der Verklagte in dieser Hinsicht nichts erinnert. Er hatte nur behauptet, daß Kläger auch den Triftweg benutzen könne, und er hatte deshalb den Werth eines Morgens auf 30 Thlr. angegeben. Es ist jedoch hierauf kein Gewicht gelegt worden, da Verklagter seine diesfallsige Behauptung nicht näher substanziirt hat. Somit ist die Forderung des Klägers begründet.

Gründe: c. Der App.-Richter nimmt mit dem Richter erster Instanz an, daß Kläger dem Verklagten das im Vertrage versprochene Ackermaß von 8 Morgen zu 180 Quadratruthen zu gewähren habe; da aber nach § 211 I 11 der Betrag des in solchen Fällen der Gewährleistung wegen fehlenden Maßes zu leistenden Ersatzes nach den §§ 170, 171 daselbst bestimmt werden soll, so hat der App.-Richter den Anspruch in angebrachter Art zurückgewiesen und daher den Verklagten zur Zahlung der in der Konvention feststehenden Forderung verurtheilt, weil es an jeder Angabe und jedem Maßstabe zur Bemessung des in diesen Vorschriften angegebenen Verhältnisses fehle, indem der Kläger schlechthin den Werth des fehlenden Ackers fordert.

Indessen stellt der § 170 a. a. O. als Regel auf, daß der Werth des entzogenen Theiles, falls nicht nach einem Anschlage verkauft ist, nach der Abschätzung vereideter Sachverständiger bestimmt werden soll, und der § 171 daselbst statuirt als Ausnahme dagegen, daß, wenn der Kaufpreis hinter der Taxe zurückbleibt, die Vergütung nur nach Verhältniß der Taxe des Ganzen zum Kaufpreise gefordert werden darf; und es ist unleugbar des Verkäufers Sache, den Fall der Ausnahme zu behaupten und nachzuweisen, um darauf seinen Einwand gegen die nach § 170 fundamentirte Forderung des Käufers zu stützen. In dieser Weise ist diese Vorschrift auch in der Entscheidung vom 9. und 13. Okt. 1854, StrA. 15 S. 98, wenn auch zunächst nur mit Beziehung auf die Vorschrift des § 222 a. a. O. aufgefaßt worden, und der App.-Richter verletzt also durch seine Auffassung die §§ 170, 171 a. a. O.; daher sein Urtheil der Vernichtung unterliegt.

Nr. 198b. §§ 175 ff., 222, 223. Kauf. Gewährleistung. Gewährleistungsanspruch wegen drohender Eviktion, Mangel der Erfüllung. *)

---

*) Vgl. Dernburg 2 § 141_{28}, § 150_5; Förster (Eccius) 1 § 86 VII. — Im Gegensatz zu dem Fall des fertigen, festgestellten Gewährleistungsanspruchs aus Eviktion oder Mängeln behandelt § 222 den Fall, wo der Gewährleistungsanspruch vor Bezahlung des Kaufpreises und vor oder nach Uebergabe der Sache nur zum Vorschein kommt. In diesem

PlPräj. 2527 v. 3. Juli 1854; ObTr. 28 S. 1 (StrA. 14 S. 112).

Es handelte sich um die Frage, ob im Falle des § 222 h. t. der Käufer zur Deposition nur berechtigt, oder auch verpflichtet. Das Plenum hat gegen das Präj. 2236; ObTr. 20 S. 535 den Rechtsgrundsatz angenommen, dass der § 222 den Käufer nicht berechtigt, einen verhältnissmässigen Theil des Kaufgeldes zu behalten oder gerichtlich niederzulegen, sondern nur: zurückzubehalten unter gleichzeitiger Niederlegung.

Gründe: Die ältere Meinung macht zunächst den Wortlaut der Vorschrift im § 222 für sich geltend, indem diese durch das „zurückhalten und gerichtlich niederlegen" etwas ganz Ueberflüssiges und sich von selbst Verstehendes ausdrücken würde, wenn dadurch gesagt werden sollte, daß der Käufer den nicht gezahlten Theil des Kaufgeldes zurückbehalten müsse, wenn er ihn gerichtlich niederlegen wolle; das „und" sei hier, wie so häufig, disjunctive gebraucht. Dagegen folge nicht, umgekehrt, aus der Befugniß des Zurückhaltens ohne Weiteres die Berechtigung zur Deposition, diese habe vielmehr dem Käufer erst durch das Gesetz ertheilt werden müssen, welches, wenn die neuere Meinung hätte sanktionirt werden sollen, lauten müßte: „so kann der Käufer... zurückhalten, muß aber ihn gerichtlich niederlegen."

Jedenfalls, behauptet man, erscheine die Wortfassung des Gesetzes doch zweifelhaft, und dann sei es vollkommen gerechtfertigt, einen Rückblick auf das gem. R. zu thun, sofern keine Gründe dafür sprechen, daß man bei Abfassung des ALR. in dieser Hinsicht von jenem habe abweichen wollen. Nach gem. R. aber dürfe der Käufer wegen eintretender Gewährsmängel Kaufgeld zurückbehalten, und dem Verkäufer stehe nur frei, seinerseits durch Bestellung genügender Sicherheit für den Eviktionsfall die Auszahlung des Kaufgeldes zu erzwingen. Es genüge die Hinweisung auf l. 18 § 1 D. 18, 6, wo es heiße: Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur; — und auf l. 24 C. 18, 45, lautend: Si post perfectam venditionem, ante pretium numeratum, rei venumdatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emtorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, juris autoritate monstratur, cet. —

Daß die Verfasser des ALR. einen anderen Grundsatz hierüber hätten feststellen wollen, sei nicht zu ersehen. Der gedr. Entw. des AGB. spreche II 8 §§ 181, 182 sich dahin aus: § 181. Kommt der Anspruch eines Dritten zum Vorschein, ehe noch das Kaufgeld bezahlt worden, so kann der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil dieses letzteren zurückhalten und solchen gerichtlich niederlegen. § 182. Will

---

Falle soll der Käufer berechtigt sein, das Kaufgeld bezw. einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückzubehalten und niederzulegen. Daß der Anspruch nicht auf einfache Zurückhaltung, sondern auf Zurückhaltung durch Hinterlegung geht, ist in dem PlBeschl. überzeugend nachgewiesen. Aus der Pflicht zur Hinterlegung folgt natürlich nicht, daß der Käufer zahlen muß, wenn er nicht hinterlegt hat, sondern nur, daß er zur Hinterlegung verurtheilt wird, da dem Anspruch auf Zahlung das aus dem Gesetz folgende Recht zur Hinterlegung entgegensteht, der Anspruch auf Zahlung nicht besteht, StrA. 31 S. 59.

Erste Voraussetzung des Anspruchs ist, daß der Gewährleistungsanspruch zum Vorschein gekommen ist. Was darunter zu verstehen, sagt der PlBeschl. mit dem Satze, daß nicht ein subjekt. Meinen des Käufers genügt, sondern objektive Gefahr, evictio imminens, vorhanden sein muß, d. h. begründete Besorgniß, daß, wenn der Käufer zahlt, er zahlt, was er nicht zu zahlen hat. Fertig ist z. B. die Eviktion, wenn dem Käufer der Besitz entzogen, unfertig und drohend, wenn der Dritte mit seinem Anspruch klagend aufgetreten oder der Anspruch so bescheinigt, daß er wahrscheinlich, glaubhaft. Fertig ist der Gewährleistungsanspruch wegen rechtl. oder natürl. Mängel, wenn der Mangel festgestellt oder festgestellt wird und zugleich seine Folgen feststehen, unfertig z. B. bei einer eingetragenen, nicht übernommenen Last oder Hypothek, wenn ungewiß, ob sie besteht oder noch besteht, wenn sie z. B. nur protestativisch eingetragen, bei nicht eingetragenen, ohne Eintragung bestehenden Berechtigungen, wenn sie ausgeübt, aber das Recht der Ausübung nicht feststeht. Beispiele geben: In dem im PlBeschl. angezogenen ObTr. 10 S. 366 hatte A. an B. ein Gut verkauft; in einem auf

der Verkäufer sich solches nicht gefallen lassen, so muß er für die künftige Vertretung nach richterlichem Ermessen annehmliche Bürgschaft leisten.

Es sei also im § 181 auch nur die Befugniß des Käufers, nicht eine Verpflichtung desselben zur gerichtlichen Niederlegung des Kaufgeldes, und im § 182 ganz so, wie im § 223 I 11 ALR. die gemeinschaftliche Verbindlichkeit des Verkäufers, der das Zurückhalten des Kaufgeldes nicht dulden wolle, zur Leistung einer Bürgschaft, ausgedrückt, und daher anzunehmen, daß das ALR. nicht weiter habe gehen wollen als das gem. R. und die Praktiker, welche dem Käufer in einem solchen Falle unbedingt das Recht geben, das Kaufgeld zurückzuhalten, oder nur gegen Kautionsstellung zu zahlen, und die hiervon nur unter gewissen Umständen, z. B. bei drohender Insolvenz des Käufers, eine Ausnahme gestatteten.

Es sei ferner zu erwägen, daß die Leistung der Gewähr zur Erfüllung des Vertrages gehöre, I 5 § 317, sie einen Theil der Erfüllung bilde; daß der Verkäufer, der die Sache nicht in der vertragsmäßigen Art übergebe, sich zuerst in Verzug gesetzt habe, und daß andererseits der Käufer in die übelste Lage gerathe, wenn er jedenfalls das Kaufgeld niederlegen müsse, obschon der Verkäufer nicht gehörig erfüllt habe, z. B. das verkaufte Grundstück nicht, wie er verheißen, schuldenfrei übergeben könne, indem alsdann der Gläubiger einmal an die sich meldenden Hypotheken-Gläubiger, zum zweiten Male aber ad depositum zahlen müsse. Eine Verpflichtung des Käufers zur Deposition des zurückbehaltenen Kaufgeldes lasse sich nach den Vorschriften des ALR. nur in dem einen Falle rechtfertigen, wenn vertragsmäßig der Verkauf nur gegen baare Zahlung habe erfolgen sollen, § 221, und indem die beiden folgenden §§ sich hieran anschließen, sei damit gesagt, daß der Verkäufer die Sache nicht ohne die bedungene baare Zahlung wegzugeben brauche, und wenn der Käufer Eviktionsmängel vorschütze, dieser das Kaufgeld deponiren müsse, falls er die Uebergabe der Sache möglich machen wolle. Sei dagegen die Sache schon übergeben, und das Kaufgeld kreditirt worden, so habe der Käufer ebensowenig einen Theil des Kaufgeldes wegen entdeckter Gewährsmängel zu deponiren, als er in dem Falle, wenn er das ganze Kaufgeld zur bestimmten Zeit nicht bezahle, zu dessen gerichtlicher Niederlegung vor entschiedener Sache genöthigt werden könne.

Diese Ausführungen können jedoch nicht für richtig geachtet werden. Mag man aus den Worten des Gesetzes immerhin ein entscheidendes Resultat nicht gewinnen können, wiewohl diese keineswegs der vorstehend entwickelten Meinung vorzugsweise zur Seite stehen, so ist doch in dem Zusammenhange der Lehre von der gerichtlichen Deposition, sowie in der Verbindung derselben mit anderen Gesetzesvorschriften, genügender Aufschluß über die Bedeutung des § 222 zu finden.

Die gehörige gerichtliche Deposition einer schuldigen Summe befreiet den Schuldner,

---

demselben befindlichen Hause wohnte, wie dem B. bekannt war, C. Als A. auf Zahlung des Restkaufgeldes klagte, wollte B. retiniren, weil C. ihm durch einen Rechtsanwalt angezeigt, daß er das Eigenthum des Hauses nebst 2 Morgen Land in Anspruch nehme. Worauf dieser Anspruch beruhte, war nicht dargethan, B. wurde deshalb in 2. und 3. Instanz zur Zahlung verurtheilt, weil nicht jedes willkürliche Berühren eines Dritten genüge, nur objektive Gefahr, welche irgendwie bescheinigt sein müsse. Ebenso StrA. 29 S. 166, wo die bloße Aufforderung seitens der Regierung zur unentgeltlichen Uebernahme der Verwaltung des Schulzenamts als auf dem Gute ruhenden Last nicht für genügend erachtet ist, um die Klage des Käufers auf Befreiung von der sonst weder festgestellten noch bescheinigten Last zu begründen. Anders lag der Fall StrA. 4 S. 220, wo ein Lehnschulzengut dismembrirt und der Käufer einer Parzelle von der Regierung zur theilweisen Aufbringung der Last aufgefordert war, während der Käufer einer anderen Parzelle die Last allein übernommen hatte. In StrA. 99 S. 198 hatte A. an B. verkauft, B. auf die Kaufgeldklage exzipirt, daß die Stadtgemeinde einen Theil des mit Gebäuden besetzten Grundstücks als Eigenth. in Anspruch nehme, den Abbruch des Gebäudes verlange und die zwangsweise Herausgabe des Grundstücks angedroht habe. Dies ist, weil der Anspruch der Stadt ganz unbescheinigt, mit Bezug auf ObTr. 10 S. 366 nicht für genügend erachtet, um den Anspruch aus § 222 h. t. zu rechtfertigen, vgl. § 541 I 20. Auch in RG. 2 S. 216 ist ausgeführt, daß § 222 von der evictio imminens handele, d. h. von Ansprüchen auf die Sache, welche das habere licere bedrohen, von Gewährsmängeln, die den Käufer bedrohen, ihn in Gefahr bringen, in Anspruch genommen zu werden,

gleich der Zahlung. Die natürliche Folge ist also auch, daß er die Gefahr der Sache nicht mehr trägt, und daß die verschiedenen Nachtheile des Verzuges ihn nicht mehr treffen, I 16 §§ 213, 228, 229. Das ALR. gedenkt in dem Sitze der Materie I 16 Abschn. 3 zweier Hauptfälle solcher Deposition. I. Den ersten beschreibt es allgemein im § 215 mit den Worten: Die Deposition finde hauptsächlich dann statt, wenn die Zahlung wegen eines Hindernisses in der Person des Gläubigers nicht geleistet werden könne. Einzelne Unterfälle werden §§ 216—220 angegeben, namentlich diese: wenn kein zum Empfange Legitimirter am Zahlungsorte zu finden ist, oder wenn der Gläubiger den Empfang verweigert.

Dieser erste Hauptfall charakterisirt sich also dahin: Der Schuldner bestreitet seine Verbindlichkeit zu zahlen nicht; er ist auch dazu bereit, wird aber vom Gläubiger daran gehindert; das Gesetz eröffnet ihm nun einen anderen Weg, sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen, und zwar in seinem alleinigen Interesse und zur Benutzung nach seiner Willkür; schlägt er ihn ein, so ist sein Zweck, sich jene Vortheile, §§ 228, 229, zu sichern. Die ihm gelassene Alternative ist: bei der Verbindlichkeit bleiben, oder sich ihr entschlagen, genauer: das Geld behalten oder es deponiren; das Zahlen, als thatsächlich unmöglich gedacht, steht ganz außer Frage.

Nachdem das Gesetz noch §§ 221—225 von dem Verfahren bei der Deposition gehandelt, gedenkt es II. des zweiten Hauptfalles: § 226. Wegen noch streitiger Gegenforderungen kann der Schuldner zur Deposition nur unter den Erfordernissen eines gesetzmäßigen Arrestschlages zugelassen werden.

Hier ist die Lage thatsächlich und rechtlich eine ganz andere. Der Schuldner bestreitet ganz oder theilweise seine Verbindlichkeit zur Zahlung, er will dem Gläubiger das Geld nicht in die Hände geben, der seinerseits zum Empfange vollkommen bereit und legitimirt sein mag; das Gesetz gestattet dem Schuldner, der sein Bestreiten einigermaßen unterstützen kann, die Deposition zu seiner Sicherheit, sorgt aber, weil der Gegenanspruch noch illiquide ist, dadurch gleichzeitig für den Gläubiger.

Es ist hier also auch denkbar, daß zur Erreichung der Sicherheit für beide noch der andere Weg einer Zahlung an den Gläubiger gegen Sicherstellung als Gegenrecht des Gläubigers zugelassen werde, wovon ad I., wo der Schuldner nichts als zu zahlen begehrt, nicht die Rede ist. *Der Schuldner deponirt hier also, um der Gefahr und den Nachtheilen einer Zahlung zu entgehen*; die Befreiung von der Gefahr für die Sache, von den Folgen der mora tritt, wie ad I. so freilich auch hier ein, ist aber nicht das Motiv der Deposition. Schließlich: die Alternative für den Schuldner ist hier Erfüllung der Verbindlichkeit durch Zahlen oder durch Deposition; zurückbehalten kann er nicht.

Andere Stellen des ALR. (worauf schon § 227 a. a. O. hinweiset) und der

---

eine *bevorstehende* Vertretung des Verkäufers begründen. Bei Hypotheken, die nicht übernommen, begründet die bloße Eintragung den Anspruch aus § 222, auch wenn feststehen sollte, daß sie bezahlt, bis zur erfolgten Löschung, StrA. 87 S. 27 zu §§ 340 ff. h. t.

So wenig § 222 h. t. anwendbar, wenn die obj. Gefahr fehlt, so wenig ist er aber auch anwendbar, wenn die Eviktion, *nicht blos zum Vorschein gekommen*, sondern zu einem fertigen Anspruch geworden oder der fertige Anspruch festgestellt ist, wird, im Prozeß festgestellt werden kann. Der PlBeschl. sagt, daß in § 222 nicht die Rede von dem Falle, wo der Käufer in der Lage, seinen auf einen Geldbetrag zurückgeführten Eviktionsanspruch sofort liquide zu machen; dann *kompensirt* der Käufer, deponirt aber nicht, weil das Kaufgeld durch comp. getilgt. Dies ist unbedenklich und unstreitigen Rechts. Vgl. Str.A. 95 S. 226 unt. Nr. 80 Bd. I S. 317; StrA. 89 S. 163 weiter unten. Ist die Eviktion durch den Dritten durchgeführt, hat der Käufer die nicht übernommene Hypothek bezahlt, die unstreitig oder erwiesen bestehende Last (Servitut) abgelöst, steht fest, daß die eingetragene, nicht übernommene Last oder Hypothek wirklich noch validirt, nicht beseitigt werden kann, so handelt es sich nicht mehr um ev. im., sondern der Käufer, der nicht zurücktreten kann oder will, fordert nach §§ 271 ff., 285 ff., 317, 328 I 5 comp., was er gezahlt, oder das minus der Last als Interesse. So RG. 2 S. 216, wo es sich um eine eingetragene Braunkohlengerechtigkeit handelte, von der feststand, daß sie nicht zu beseitigen. Dieselben Grundsätze hat das ObTr. auch in ff. Fällen angewendet. In StrA. 40 S. 45 hatte A. an B. verkauft. Auf dem Grundstück stand aus einem früheren Vertrage für die Kinder des A. ein Sürplüs-

AGO. führen noch zahlreiche konkrete Fälle der gerichtlichen Deposition auf, theils solche, welche einem oder dem andern jener beiden Hauptfälle sich anschließen, theils solche, welche von beiden insofern abgehen, als dem Schuldner die Deposition statt der Zahlung zu einer Pflicht aus Rücksicht auf die Interessen Dritter gemacht, z. B. I 11 § 419; 13 § 136; II 8 §§ 891, 1145 ff., 1160, 1171 ff.; oder als die Deposition von Amtswegen veranlaßt wird, z. B. I 14 §§ 92, 93. Aus diesen sonstigen Fällen sind hier solche hervorzuheben, welche die obige Charakterisirung des zweiten Hauptfalles in seinem Gegensatze zu dem ersten bestätigen und veranschaulichen, a. I 16 §§ 359, 360. Kann ein Schuldner seine Gegenforderung nicht liquide machen, so muß er Zahlung leisten und kann, wegen behaupteter Unsicherheit seiner Gegenforderung bei dem Andern, nur unter den Abschn. 3 bestimmten Umständen zur Deposition gelassen werden, b. II 8 §§ 924, 925, 1248, 1249; AGO. I 14 § 6 Nr. 2, § 7; 27 § 51; 28 § 9.*)

In allen diesen Fällen bestreitet der Schuldner seine Verpflichtung zur Zahlung, indem er sich auf Einwände stützt, welche zwar nicht liquide sind, aber doch etwas für sich haben. Die Deposition wird ihm gestattet, als Mittelweg, um einerseits den Schuldner gegen die Gefahr der Zahlung, andererseits den Gläubiger gegen die Gefahr des Verbleibens des Geldes in den Händen des Schuldners zu schützen, weshalb denn auch unter Umständen andere Auswege mit ähnlicher Wirkung (Zahlung oder Behalten gegen Kaution, Fälle b. und d.) dargeboten werden. Ueberhaupt aber hat der Schuldner nur die Wahl, nicht zwischen einem einfachen Behalten und Deponiren, sondern zwischen Zahlen und Deponiren.

In diese Reihe von Fällen gehört nun auch der bei gegenwärtiger Frage vorliegende. Die Voraussetzung des § 222 ist, daß, während ein Käufer das Kaufgeld noch schuldet, Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an die Sache zum Vorschein kommen. Solche Mängel und Ansprüche berechtigen einen Käufer nach Umständen zur Aufhebung des Kaufes oder zu Entschädigungsforderungen; sie begründen also für ihn, wenn er noch nicht erfüllt hat und auf Erfüllung belangt wird, Einwendungen und Gegenforderungen. Diese Einwendungen rc. nun sollen den Käufer zur Deposition befugen, falls die Mängel rc. zum Vorschein gekommen, d. h. nach der Ausführung in dem Erk. ObTr. 10 S. 370, falls

---

*) Vgl. jetzt §§ 647, 651, 652, 657, 691 CPO. Die citirten Fälle, Deposition durch den Wechselschuldner wegen illiquider Einreden, Deposition durch den Appellanten wegen Gefahr bei Vollstreckung oder bei Aussetzung der Vollstreckung sind theils obsolet geworden, theils durch die CPO. geordnet.

---

reservat eingetragen, und A. verpflichtete sich in dem Vertrage, das Reservat zur Löschung zu bringen. Als A. später auf Zahlung des Kaufgelderrestes klagte, exzipirte B., daß die Löschung des Reservats nicht erfolgt, und wies zugleich nach, wie hoch sich das Sürplüsreservat belaufe, und daß dasselbe höher als der Kaufpreis. (Die Eintragung würde jetzt nur auf eine bestimmte Summe zulässig sein.) Das ObTr. hat deshalb die Klage abgewiesen. In StrA. 39 S. 69 hatte A. an B. verkauft, B. einen Theil des Preises angezahlt; ein Theil war kreditirt, 600 sollten an bestimmtem Tage bezahlt, an diesem Tage auch übergeben werden; stipulirt war, daß wenn das Kaufgeld unbezahlt, A. berechtigt, das Angeld zu behalten und nicht weiter gebunden. Am Tage der Zahlung und Uebergabe weigerte B. Zahlung und Uebernahme, weil sich nicht übernommene, ungelöschte Hyp. vorfanden. A. trat in Folge dessen zurück, B. klagte auf Uebergabe gegen Zahlung, nachdem die Hyp. gelöscht war. A. exzipirte, daß B. habe hinterlegen müssen. Der 2. Richter wies deshalb auch ab, das ObTr. vernichtete und verurtheilte, weil die Existenz der Hyp. zur Zeit der Zahlung unstreitig und die Deposition nicht erforderlich, wenn der Anspruch des Käufers auf einen sofort liquiden Geldanspruch zurückzuführen. In beiden Fällen ist die Anwendung des § 222 bedenklich. Im ersten Falle, weil A. die Löschung des Reservats ausdrücklich übernommen, die Bewirkung der Löschung eine zur vollständigen Vertragserfüllung gehörige Leistung war, kein Gewährsanspruch, Nr. 99 Erk. a. d. StrA. 33 S. 37; 54 S. 88; 27 S. 23 unt. Nr. 99 Bd. I S. 430, 431; StrA. 7 S. 298; 86 S. 1 Nr. 117 Bd. I S. 526, 527 und in den Gründen des PlPräj. Nr. 104 Bd. I S. 461, B. daher jedenfalls nur gegen

im Gegensatz gegen subjektives Meinen des Käufers, eine objektive Gefahr für ihn vorhanden ist, falls, z. B. was Ansprüche Dritter betrifft, dieselben schon durch Klage geltend gemacht oder doch insoweit bescheinigt worden sind, wie zur Anstellung einer Klage hinreichen würde. Die Voraussetzungen sind also durchaus, nicht die des ersten, sondern die des zweiten Hauptfalles. Nicht ist ein Gläubiger Schuld, daß der bereitwillige Schuldner zur Zahlung nicht gelangen kann, sondern dieser sträubt sich gegen die Zahlung wegen rechtlicher Einwendungen, die er zwar noch nicht klar zu stellen, aber aus denen er doch eine Gefahr, welche ihm aus der Zahlung an den Gläubiger erwüchse, herzuleiten vermag. Die Deposition also, welche unter solchen Voraussetzungen dem Schuldner eingeräumt wird, kann ihn nicht gegen die Nachtheile des Behaltens, sondern gegen die Gefahr des Auszahlens an den Gläubiger schützen sollen; die Alternative kann auch hier nicht für ihn sein: deponire oder behalte, sondern: deponire oder zahle.

Zu demselben Ergebnisse wie der Zusammenhang der ganzen Lehre der gerichtlichen Deposition führt die Verbindung des § 222 mit dem vorangehenden und dem nachfolgenden §. Unter der Rubrik: „Verbindlichkeiten des Käufers wegen Bezahlung des Kaufgeldes,“ bestimmt der § 221: „Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig, wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet worden.“ Heißt es nun weiter im § 222: „Kommen aber Gewährsmängel . . zum Vorschein, so kann der Käufer . . niederlegen;“ so wird hier ja eine Ausnahme von der Zahlungsverpflichtung begründet, so daß, wenn der Käufer von der ihm dadurch gegönnten Befugniß nicht Gebrauch machen will oder kann, eben nur die Regel der Zahlungspflicht übrig bleibt. Der § 223 fährt fort: „Will der Verkäufer sich dieses nicht gefallen lassen, so muß er wegen der bevorstehenden Vertretung . . . hinlängliche Sicherheit leisten.“ Diese dem Gläubiger, gleich wie in dem Falle IIb § 925 II 8 eingeräumte Befugniß beweiset, daß die im § 222 zugelassene Deposition nicht im alleinigen Interesse des Schuldners, sondern weil dessen Gegenansprüche noch nicht feststehen, auch mit Rücksicht auf den Gläubiger angeordnet worden. Der Schuldner kann unter der Voraussetzung des § 222 nur Sicherheit begehren; es sind dafür zwei zum wesentlichen Ziele führende Wege eröffnet, unter welchen wieder der Gläubiger die Wahl hat. Der eine (§ 223) Zahlung der Schuld an den Käufer, der dann eine gleiche Summe deponirt, der andere (§ 222) Zahlung des Käufers ins Depositum unmittelbar. Aushändigen soll der Schuldner immer, die Alternative für ihn ist nur, ob ohne oder mit Sicherheit, nicht aber, ob Aushändigen oder Behalten.

Diesen entscheidenden Gründen thut dann die Wortfassung des § 222 in keiner

---

Löschung zu zahlen hatte, — im zweiten Falle, weil von Gewährleistung vor erfolgter Uebergabe nicht die Rede, die Uebergabe nicht erfolgt, B. zur Annahme des vertragswidrig belasteten und deshalb mangelhaften Grundstücks nicht verpflichtet war, Erk. c. d. Nr. 99. Dies ist selbstverständlich anders, wenn nach dem Vertrage der Käufer durch Zahlung des Kaufgeldes vorzuleisten hat, die Liberation durch den Verkäufer erst später zu bewirken ist, Präj. 1771; in solchem Falle kann sich der Käufer, eben weil er vorzuleisten hat, auch nach Ablauf der Frist zur Liberation, zu welcher der Verkäufer des rückständigen Kaufgeldes vielleicht bedurfte, auf § 222 jedenfalls nicht berufen. Ist für die Liberation aber kein Termin bestimmt, für die Zahlung ein bestimmter Termin, so weigert der Käufer die Zahlung mit Recht, da er dann Liberation zu jeder Zeit beanspruchen kann. So StrA. 31 S. 59. In diesem Falle hatte A. an B. verkauft, B. einen Theil des Preises am bestimmten Tage zu zahlen, A. nach dem Vertrage ein Wohnungsrecht, sobald B. es verlangt, zur Löschung zu bringen und dies dem B. nachzuweisen. Als C. als Cessionar des A. die Zahlung forderte, exzipirte B., daß das Wohnungsrecht trotz Klage und Verurtheilung noch nicht gelöscht. Der 2. Richter verurtheilte deshalb nur zur Deposition und das ObTr. wies die Beschwerde des Klägers C. zurück, weil Präj. 1771 unanwendbar, was gewiß unbedenklich war. In Frage hätte nur kommen können, ob nicht C. zur Zeit abzuweisen oder B. nur gegen Löschung zu verurtheilen gewesen. Daß der Cessionar sich den Einwand gefallen lassen mußte, war in diesem Falle ebenso unbedenklich, wie in StrA. 89 S. 163. Hier hatte A. an B. verkauft, das Kaufgeld an C. cedirt, B. nach bekannt gemachter Cession eine nicht übernommene Hyp.

Weise Abbruch, ja sie ist eher sie zu stützen geeignet. Fragt es sich nämlich, ob die Vorschrift, „er kann das Kaufgeld zurückhalten und gerichtlich niederlegen" eine Befugniß, zu deren Ausübung ein doppelter Akt gehört, oder zwei getrennte Befugnisse ausdrücke, ob mit andern Worten das „und" konjunktiv für „und zugleich" oder disjunktiv für „oder auch" stehe, so wird zwar diese letztere Bedeutung des „und" häufig genug angetroffen, allein der genauere Sprachgebrauch entscheidet doch für die erstere. Auch ist keineswegs etwas Ueberflüssiges, sondern eben nur das Nothwendige gesagt, wenn dem Käufer die Befugniß beigelegt wird, daß er einen Theil des Kaufgeldes zurückhalten könne; dies mußte zuvor ausgesprochen werden, wenn der Käufer die Zahlung sollte verweigern dürfen, und daran schließt sich alsdann die gerichtliche Niederlegung, als die legale Form jenes Zurückhaltens, so daß Beides zusammen genommen, das thatsächliche Zurückbehalten und das unmittelbar darauf folgende Niederlegen des Kaufgeldes, diejenige Handlung ausmacht, zu welcher der Käufer hier für berechtigt erklärt wird. Es läßt sich annehmen, daß deshalb auch das Wort „zurückhalten" und nicht „zurückbehalten" gewählt worden, da dies letztere dem ALR. das technische Wort für Retentionsrecht (Abschn. 2 I 20) ist. Das „Kaufgeld zurückhalten" drückt nicht so bestimmt wie das „zurückbehalten" ein Verbleiben des Geldes in den Händen des Käufers aus; es geht weniger auf einen Akt gegen die Sache, als gegen den Verkäufer, auf ein Vorenthalten, es paßt besser als ein „zurückbehalten" auf eine Handlung, die nur zum Behufe des Niederlegens dienen soll.

Ein Retentionsrecht ist hier nicht gemeint und kann nicht dem Käufer beigelegt sein, da die unbedingt nothwendigen Erfordernisse eines solchen, nach §§ 540—541 I 20 ALR.: daß die Gegenforderung des Zurückbehaltenden zur selben Zeit, als die Rückgabe der Kapitalssumme fällig, und daß sie so weit bescheinigt sein müsse als nach den Gesetzen zur Anlegung eines Arrestes erforderlich ist, im § 222 gar nicht erwähnt, noch vorausgesetzt sind. Es ist daher auch die sonst schon in Anspruch genommene Analogie des § 242 I 20 nicht zu rechtfertigen, selbst abgesehen von dem längst angeregten Zweifel, ob dieses Gesetz auf nomina überhaupt Anwendung finden dürfe (GesRevPens. III Mot. S. 192 ff. S. 557).

Zu dem bisher Gesagten treten dann noch folgende Erwägungen. Die ältere Ansicht geht davon aus, und das Präj. 2236 sagt dies ausdrücklich: daß es in des Käufers Willkür stehe, ob er wegen der gedachten Mängel das Kaufgeld einfach zurückbehalten, oder, um sich von dessen Verzinsung und der Gefahr zu befreien, zugleich deponiren wolle.

Es wird also und mit Recht angenommen, daß zurückhalten und deponiren

---

dem Gläubiger zur Abwendung der Subh. gezahlt. Als C. klagte, machte B. den bezahlten Betrag comp. geltend und drang damit durch, weil der Anspruch ungeachtet der erst nach der Cession erfolgten Zahlung an sich schon durch den Kaufvertrag existent geworden, wenn er sich auch erst später in eine bestimmte Geldforderung umgesetzt. Vgl. §§ 402, 407, 413 h. t.; § 313 I 16.

Ganz unbedenklich ist StrA. 29 S. 355. Hier war in dem Kaufvertrage stipulirt, daß wenn sich außer der übernommenen Hyp. von 250 noch andere finden sollten, Käufer berechtigt, den Betrag derselben mit Zinsen vom Kaufgelde in Abzug zu bringen. Als auf Zahlung des Restkaufgeldes geklagt wurde, erwies der Käufer, daß eine zweite Hyp. von 250 auf dem Grundstück eingetragen. Der 2. Richter wies die Klage ab, weil Käufer nach § 222 nicht zu deponiren brauche. Das ObTr. hat diesen Grund mit Bezug auf den PlBeschl. reprobirt, aber bestätigt, weil das vertragsmäßig stipulirte Retentions- und Abzugsrecht den Käufer von der Deposition befreie.

Selbstverständlich und in § 222 ausdrücklich vorgesehen ist, daß der Käufer nicht das ganze Kaufgeld zurückhalten darf, sondern nur so viel, als zur Deckung wegen des Gewährsmangels erforderlich. Die Berechnung erfolgt nach den Grundsätzen §§ 170, 171, 189, 190, 211 h. t., d. h. auch hier hat der Käufer nicht den Beweis zu führen, daß der zurückbehaltene Theil in dem Verhältniß zum Kaufpreise des Ganzen steht, wie der Taxpreis des entzogenen Pertinenzstücks, Theils zum Taxpreise des ganzen Grundstücks. Vgl. unt. Nr. 198a Erk. c. StrA. 15 S. 98. Dabei versteht sich von selbst, daß der Anspruch aus der Gewähr,

nicht begriffsmäßig einander ausschließen, daß mithin der Ausdruck des § 222 auch von einem mit der Deposition verbundenen Nichtauszahlen an den Gläubiger verstanden werden könne. Es wird aber ferner von solchem qualifizirten Zurückhalten noch ein einfaches unterschieden und zwischen beiden dem Schuldner die Wahl gelassen. Und zwar wird diese Willkür lediglich daraus abgeleitet, daß der § 222 nur die Befugniß des Käufers zur Deposition ausspreche. Das ist allerdings richtig, denn das „kann" bezieht sich mit auf die Deposition; daraus folgt jedoch nicht, daß, wenn der Schuldner sich dieser Befugniß nicht bedienen will, er das Geld in seinen Händen behalten könne. Vielmehr tritt dann, als die andere Alternative, nach § 221, die regelmäßige Pflicht eines Schuldners, das Zahlen ein. Daß dies die richtige Auffassung dieser Vorschrift sei, dafür läßt sich auch § 372 I 11 ALR. noch anführen, der in der Lehre vom Tausche dem Tauschenden, wenn die eingetauschte Sache von einem Dritten in Anspruch genommen wird, das Recht: die dagegen vertauschte Sache zur gerichtlichen Verwahrung und Verwaltung zu übergeben, in den Fällen beilegt: „wo der Käufer wegen des bevorstehenden Anspruchs eines Dritten auf die erkaufte Sache das Kaufgeld zurückzuhalten und gerichtlich niederzulegen berechtigt ist."

Hiermit ist § 222 daselbst in Bezug genommen, und dessen Inhalt in derselben kurzen, für nur eine Berechtigung sprechenden Verbindung des Zurückbehaltens und Niederlegens wiedergegeben. Sehr nachdrücklich streitet sodann für den vom Plenum angenommenen Grundsatz das im § 223 a. a. O. dem Verkäufer beigelegte Recht, den Käufer zur Zahlung des zurückgehaltenen Kaufgeldes durch Bestellung hinlänglicher Sicherheit wegen der bevorstehenden Vertretung zu zwingen, da diese, dem Verkäufer gestellte Zumuthung einer Sicherstellung unvereinbar sein würde mit einem gegenüber stehenden Rechte des Käufers, das Kaufgeld einfach in seinen Händen zu behalten; es wäre eine ganz ungleiche Behandlung beider Kontrahenten, wenn der Verkäufer, wie nach der älteren Auslegung des § 222 nothwendig folgen würde, erst eine Kaution bestellen müßte, damit der Käufer nur das schuldige Kaufgeld ad depositum zahle, während § 223 jenem durch die Sicherstellung das Recht auf Herauszahlung des gerichtlich niedergelegten Kaufgeldes verschaffen will. Dies Recht des Verkäufers ist aber bisher noch gar nicht bestritten worden. Wenn aber sonach auch die Gegner zugeben, daß der Verkäufer nach § 223 die Zahlung jedenfalls erzwingen kann, so widerlegt sich auch der Vorwurf einer allzugroßen Härte des § 222, indem auch nach der älteren Meinung der Käufer in Anwendung des § 223 möglicher Weise zu einer zweimaligen Zahlung des Kaufgeldes (resp. an Hypotheken-Gläubiger und ad depositum) genöthigt werden könnte.

Der Rücksicht auf den Käufer tritt übrigens die ebenso gerechte Beachtung der Lage des Verkäufers gegenüber, der sich der Sache schon entäußert hat, und dem

---

wie im röm. Rechte, l. 48; l. 2 D. 21, 2, von den Kontrahenten selbst vertragsmäßig im Voraus festgesetzt werden kann, und daß dieser Anspruch dann Anspruch aus dem Vertrage ist. So StrA. 52 S. 168 unt. Nr. 116 Bd. I S. 514, 515.

Darüber, daß alle diese Grundsätze auch da anwendbar, wo das Fehlen von einzelnen Gegenständen (Pertinenzien) als Gewährsmangel erscheint, vgl. ObTr. 8 S. 229 Erk. b. Nr. 99 Bd. I S. 424 und namentlich OHG. 21 S. 204, das. S. 432.

Da das Gesetz selbst in § 222 den Käufer zu Deposition berechtigt, finden, wie auch der PlBeschl. andeutet, §§ 213 ff., 226 I 16 nicht Anwendung. Die Deposition ist nicht Zahlung, da sie den Käufer nicht befreien, sondern ebenso wie den Verkäufer sichern soll. Durch die freiwillige Deposition seitens des Käufers wird der Verkäufer deshalb auch nicht behindert, auf Zahlung zu klagen, da die Deposition, wenn sie nicht aus § 222 gerechtfertigt, gar keine Bedeutung hat. Der bloße Einwand der Deposition hilft dem Käufer deshalb nichts, wenn er nicht den Grund der Deposition beweist und daß er danach und aus § 222 zur Deposition berechtigt. Die Deposition hindert deshalb auch nicht die Verurtheilung zur Zahlung, wenn der Fall des § 222 nicht bewiesen wird, StrA. 35 S. 206. Da die Deposition nicht Zahlung, kann der wegen bestimmter Gewährsmängel nur zur Deposition verurtheilte Käufer auch nach Hebung dieser Mängel (Löschung der Hypothek) dem Anspruch des Verkäufers auf Einwilligung in die Auszahlung des deponirten Kaufgeldes immer noch neue Gewährleistungsansprüche entgegensetzen, StrA. 38 S. 288.

nun die Zahlung des Kaufgeldes wegen Gewährsmängel verweigert wird, die sich doch leicht soweit bescheinigen lassen, daß die Einleitung eines Prozesses darüber nicht verweigert werden kann, wenn während dessen Dauer der Käufer das Kaufgeld in Händen behalten und auch die gekaufte Sache nutzen dürfte. Denn von dem Falle, wo der Käufer in der Lage sein sollte, seinen auf einen Geldbetrag zurückgeführten Eviktionsanspruch sofort liquide zu machen, ist hier nicht die Rede, und es versteht sich von selbst, daß dann Kompensation mit der Kaufgelderschuld eintritt und der Käufer nichts zu deponiren braucht. Es handelt sich von dem Falle, wo die Gewährsmängel streitig bleiben, und hier ist es Gunst genug, daß der Käufer nur überhaupt wegen solcher nicht liquiden Ansprüche deponiren darf, während nach den allgemeinen Grundsätzen, zufolge § 226 I 16 ALR., wegen streitiger Gegenforderungen der Schuldner nur unter den Voraussetzungen eines gesetzmäßigen Arrestschlages zur Deposition verstattet wird. Hierin ändert sich auch dadurch nichts, daß man in dem Hervortreten von Gewährsmängeln einen Mangel an der Erfüllung des Vertrages von Seiten des Verkäufers siehet, da dieser doch durch die Uebergabe der verkauften Sache im Wesentlichen schon erfüllt hat und wegen bloßer Gewährsmängel nach erfolgter Uebergabe der Sache von dem, welcher die Erfüllung angenommen hat, die Gegenleistung nicht verweigert werden darf, wie das ObTr. schon früher angenommen hat (Samml. der Präj. S. 14 u. 15), und woraus ebenfalls folgt, daß der Käufer nie mehr als die Zulassung zur Deposition eines entsprechenden Theils seiner Schuld begehren darf.

Wenn hiernächst von den Vertheidigern der älteren Meinung noch unterschieden wird, ob vertragsmäßig der Verkauf einer Sache nur gegen baare Zahlung des Kaufgeldes hat erfolgen sollen und dieselben in diesem Falle anerkennen wollen, daß der Käufer, wenn er die Uebergabe der Sache erzwingen und gleichwohl wegen Gewährsmängel Kaufgeld zurückhalten wolle, dasselbe gerichtlich niederlegen müsse, so ist gegen dieses Zugeständniß nichts zu erinnern, es kann jedoch eine verschiedene Behandlung des andern Falles, wo eine solche ausdrückliche Vertragsbestimmung nicht getroffen, und wo die Uebergabe der Sache bereits erfolgt ist, nicht zugelassen werden.

Die Beziehung endlich auf die Vorschriften des gem. R. muß abgelehnt werden, weil der Lehre von der Gewährleistung durch die gemeinrechtliche Praxis ein ganz anderer Umfang gegeben worden ist, die Verfasser des ALR. derselben nicht überall gefolgt sind, vielmehr ihren eigenen Weg eingeschlagen haben, überdies die rechtlichen Verhältnisse des Kaufvertrages nach dem ALR. nicht identisch sind mit den im röm. R. gegebenen Eigenschaften und Wirkungen desselben, und weil endlich das ALR. ganz bestimmte Vorschriften für diesen besonderen Fall enthält, auf deren Auslegung daher Alles ankommt.

Nr. 199. §§ 98, 99, 102—104, 105—108, 109—111, 215 ff., 221, 224 ff. Kauf. Pflichten des Käufers. (Uebernahme der Sache. Zahlung. Uebernahme in partem pretii.)*)

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 389_{17}, 390; Dernburg 2 §§ 150, 151; Förster (Eccius) 2 § 125 B. — Die gesetzl. Verpflichtung des Käufers aus dem Kaufe konzentrirt sich in der Pflicht zur Empfangnahme der Sache, § 215, und Zahlung des Kaufpreises, §§ 221, 109. Beide sind davon abhängig, daß die Leistung des Verkäufers dem Vertr. und dem Gesetze entspricht, § 271 I 5 Nr. 99 Bd. I S. 424 Erk. c. d.; StrA. 70 S. 74, das. S. 427. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe und die des Käufers zum Empfang und Zahlung kongruiren gesetzlich vollständig, so daß keiner vorzuerfüllen hat, d. h. es ist Zug um Zug zu leisten, Erk. a. Eine Ausnahme davon begründet nur Vertrag oder die Natur

a. Erk. v. 16. Febr. 1858; StrA. 29 S. 109.
b. Erk. v. 10. Juli 1865; ObTr. 54 S. 64.
c. Erk. v. 18. Jan. 1875; ObTr. 74 S. 29.
d. Erk. v. 18. Nov. 1872; StrA. 87 S. 43.

Im Falle a. hatte A. an B. u. D. Mehl gegen baare Zahlung, lieferbar in bestimmter Frist, verkauft und Anzahlung erhalten. Am Erfüllungstage weigerte A. die Uebergabe an B., weil B. die Zahlung oder Vorlegung des Kaufpreises vor der Uebergabe ablehnte. Als B. u. D. deshalb zurücktraten und das Angeld zurückforderten, verurtheilte der 2. Richter den A. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte A. schriftlich am 21. Mai 1853 an B. verkauft, nach dem Vertrage eine Anzahlung von 200 erhalten, während die Uebergabe am 1. August 1853 gegen eine weitere Zahlung, die Zahlung des Restkaufgeldes am 1. August 1854 erfolgen sollte. Am 1. August 1853 weigerte A. die Uebergabe wegen Ungültigkeit der Punktation, wurde aber zur Uebergabe gegen Zahlung verurtheilt. Demnächst kam es zu neuem Streit über das, was von A. zu übergeben und wann B. den Kaufgelderrest zu zahlen, und die Uebergabe erfolgte erst nach neuem Prozess am 1. März 1864. B. klagte jetzt auf Zahlung von 6 Prozent Zinsen, als des in Schlesien landesüblichen Zinssatzes, von dem gezahlten Angelde für die Zeit vom 1. August 1853 bis 1. März 1864. A. exzipirte, dass B. selbst die Verzögerung der Uebergabe verschuldet. In 2. u. 3. Instanz ist nach der Klage verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. eine Parzelle seines Guts an Z. verkauft, Z. dabei einen Theil des auf dem Grundstück für L. eingetragenen Ausgedinges übernommen, A. sich verpflichtet, ihn von dem nicht übernommenen Theil zu befreien. Den Rest des Guts verkaufte A. sodann an B., wobei B. das Ausgedinge übernahm, soweit es nicht Z. übernommen. Die Ausgedingerin L. nahm darauf den Z. allein wegen des ganzen Ausgedinges in Anspruch, weil ihr die Theilung der Leistungen unter Z. u. B. nachtheilig, und Z. übernahm vergleichsweise verschiedene Leistungen, die B. zu leisten, resp. Zahlung einer Geldentschädigung. A. klagte darauf gegen B. auf Leistung bez. Zahlung der Entschädigung an die Wittwe L. an Stelle des Z. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen, welche annahmen, dass A. nur Liberation von B. verlangen könne, bezüglich der geforderten Leistungen verurtheilt. — Im Falle d. klagte der Käufer gegen den Verkäufer auf Erstattung eines auf dem Grundstück ruhenden Erbpachtzinses, dessen nach der Uebergabe fällig gewordene Rente er bezahlt, nach Verhältniss der Zeit, in welcher der Verkäufer die Nutzungen des Grundstücks bezogen. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Das Gericht zweiter Instanz hat den Verklagten zur Zurückzahlung des empfangenen Angeldes nebst Zinsen verurtheilt, weil der von ihm zur Rechtfertigung seiner Weigerung angeführte Grund, nämlich, daß B. seinerseits sich geweigert, vor der Uebergabe das Kaufgeld zu zahlen, oder wenigstens vorzulegen, nicht gerechtfertigt sei, indem nach § 221 I 11 ALR. der Käufer das Kaufgeld sofort gegen Empfangnahme der Waaren, insofern nicht etwas Anderes, wie hier aber

---

des Geschäfts, §§ 109, 221. Die Ausnahme hat als Ausnahme vom Gesetz der Käufer zu beweisen, RG. 2 S. 201. Ausnahme kann durch den Vertrag für den Verkäufer begründet werden, wenn stipulirt, daß der Käufer vor der Uebergabe oder vollständiger Erfüllung zu zahlen hat, §§ 109, 221, StrA. 31 S. 59 Präj. 1771 unt. Nr. 198b., oder für den Käufer, z. B. wenn der Verkäufer zur übersenden hat, in welchem Falle der Käufer erst bei Empfang zahlt; daß in diesem Falle der Erfüllungsort für den Käufer sein Wohnort, darüber vgl. RG. 2 S. 121; § 29 CPO.

Auf dieser gesetzl. Kongruenz der beiderseitigen Vertragspflichten beruht § 109 h. t., wonach wider Willen des anderen keiner Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf. „Wider Willen" liegt natürlich nicht vor, wenn bedungen, daß Käufer erst nach oder vor der Uebergabe zu zahlen hat, ObTr. 13 S. 178 oder wenn freiwillig vor der Uebergabe gezahlt. In Bezug auf den Verkäufer folgt daraus die gesetzliche Pflicht zur Verzinsung des erhaltenen Kaufgeldes

nicht der Fall, verabredet sei, zu erlegen schuldig, Verklagter hiernach bei Erfüllung des Vertrages, welche Zug um Zug erfolgen mußte, mit der Uebergabe der Waaren hätte beginnen müssen, und nur dann nach § 230 die Uebergabe hätte verweigern dürfen, wenn vorher sich herausgestellt, daß der B. das Kaufgeld nicht zahlen könne oder wolle, die angebliche Insuffizienz des letzteren aber unerheblich sei, weil der D. für das Kaufgeld verantwortlich sei. Durch diese Ausführung hat der App.-Richter gegen die Vorschriften der §§ 221, 230 I 11 und § 271 I 5 ALR., sowie auch gegen die §§ 397, 398 das. rechtsgrundsätzlich verstoßen. Der § 221 I 11 bestimmt allerdings, daß, wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet worden, der Käufer gegen Empfang der Sache das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig sei; der App.-Richter folgert hieraus aber ohne Grund, daß demzufolge der Verkäufer stets, wenn nicht etwas hiervon Abweichendes verabredet worden, mit der Uebergabe der verkauften Waare beginnen müsse, und erst dann die Zahlung des Kaufgeldes verlangen könne, wenn die Uebergabe geschehen ist, vielmehr liegt darin nichts weiter, als die Bestimmung, daß der Käufer gegen Uebergabe der Sache, also gleichzeitig Zug um Zug, das Kaufgeld zu entrichten hat. Dies bestätigt auch die Vorschrift des § 230 a. a. O., nach welcher auch der Verkäufer die Uebergabe zu verweigern berechtigt ist, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welche er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, indem, wenn auch dann, wenn die Zahlung bei oder gegen Uebergabe geschehen sollte, stets der Verkäufer zuerst übergeben müßte, der Fall des § 230 nie eintreten, und von einem Rechte des Verkäufers, die Uebergabe wegen Nichtzahlung des Kaufgeldes zu verweigern, gar nicht die Rede sein könnte. Der Verklagte war mithin nicht verpflichtet, das Mehl den Klägern anders als gegen gleichzeitige Zahlung des stipulirten Kaufgeldes zu übergeben und sich mit der bloßen Angabe der Kläger, dasselbe zahlen zu wollen, zu begnügen, vielmehr wohl berechtigt, mit der Uebergabe zurückzuhalten, als Kläger nicht nur die Zahlung nicht leisteten, sondern sich sogar weigerten, das Kaufgeld vorzulegen. Daß der Kauf nach versiegelter Probe geschehen, kann hierin nichts ändern, da nicht behauptet worden, daß den Klägern die Vergleichung des zu übergebenden Mehls auch für den Fall, wenn sie ihrerseits zu erfüllen bereit wären, versagt ist, und überhaupt die Abwickelung des Geschäfts noch gar nicht soweit gediehen war, daß es darauf ankam, festzustellen, ob das Mehl probemäßig war.

Ebensowenig gerechtfertigt erscheint es, wenn der zweite Richter die Zahlungs-Unfähigkeit des B. um deshalb, weil der D. für das Kaufgeld verhaftet sei, für unwesentlich erachtet, indem der Erstere das Kaufgeld gegen Empfangnahme der Waaren sofort baar erlegen mußte, und Verklagter sich mit einer Verweisung auf D. nicht zu begnügen brauchte.

Gründe: b. Die Imploranten werfen dem App.-Richter die Verletzung der §§ 109, 110, 111, 113, 116, 222, 227, 228, 291, 292 I 11; § 164 I 5; §§ 22, 23 I 16 I ALR. und des im Präj. 1029 (Präj.S. I S. 86) aufgestellten Rechtsgrundsatzes vor, weil er seine Entscheidung nicht von der Frage, ob und wie lange die Imploranten im Verzuge gewesen seien, abhängig gemacht habe. Dieser Vorwurf ist nicht gerechtfertigt.

---

bis zur Uebergabe, §§ 110, 111, für den Käufer die gesetzliche Pflicht zur Verzinsung des nicht gezahlten Kaufgeldes bis zur Zahlung, wenn nicht die zu beweisende Ausnahme ex pacto vorliegt. Die Zinsen sind Zinsen ex lege, nicht ex mora, Erk. b. und ebenso RG. 2 S. 201; OHG. 19 S. 9, 19. Dies gilt für Käufer und Verkäufer; nur Deposition befreit von der Zinspflicht. Mit § 224 h. t., der nur das Rücktrittsrecht des Verkäufers betrifft, nicht die Zinspflicht, Nr. 200, hat § 109 nichts zu thun, RG. 2 S. 201. Wird nach Abschluß des Kaufvertrages, in welchem keine Ausnahme von der gesetzl. Regel enthalten, die spätere Zahlung des Kaufgeldes für die übergebene Sache verabredet, so wird dadurch die gesetzliche Zinspflicht des Käufers präsumtiv nicht aufgehoben, nur Stundung begründet, l. 13 § 20, 21 D. 19, 1; OHG. 23 S. 391. 392. Auch wenn der Kaufpreis durch Kompensation getilgt, tritt für den Verkäufer die Zinspflicht ein, § 301 I 16, ganz zweifellos, wenn die Forderung des Käufers eine zinstragende war, ebenso aber auch, wenn

Nach Vorschrift des § 116 I 11 braucht der Verkäufer, wenn die Zahlung des Kaufgeldes ausdrücklich vor der Uebergabe bedungen, oder freiwillig ohne Vorbehalt geleistet ist, weder Zinsen zu zahlen, noch Nutzungen zu berechnen, so lange die Uebergabe nicht durch seine Schuld verzögert wird. Seine Verpflichtung zur Verzinsung des Kaufgeldes, beziehungsweise zur Berechnung der Nutzungen, beginnt also in diesen Fällen erst mit dem Zeitpunkte, wo er mit der Uebergabe in Verzug kommt. Da nun in der Kaufpunktation festgesetzt ist, daß die Zahlung derjenigen 200 Thlr., deren Verzinsung der Kläger in dem gegenwärtigen Prozesse fordert, sofort, die Uebergabe des verkauften Hauses aber erst am 1. August 1853 erfolgen sollte, so kommt es also darauf an, ob die Uebergabe des Hauses durch die Schuld der Verkäufer verzögert worden ist. Dies stellt aber der vorige Richter fest, indem er eine mora, d. h. schuldbare Verzögerung, darin findet, daß die Verkäufer am 1. August 1853 die Uebergabe verweigert und sogar die Gültigkeit der Punktation bestritten haben. Indem er unter dieser Feststellung die Imploranten zur Zahlung von Zinsen seit dem 1. August 1853 verurtheilt, verletzt er daher den § 116 a. a. O. keinesweges.

Auch der weitere Angriff der Imploranten, soweit er sich auf die Annahme stützt, der App.-Richter habe seine Entscheidung zugleich von der Frage, wie lange die Imploranten im Verzuge geblieben seien, abhängig machen müssen, ist unbegründet.

Der § 110 a. a. O. leitet die Verpflichtung des Verkäufers, das empfangene Kaufgeld bis zur Uebergabe der Sache landüblich zu verzinsen, aus der im § 109 daselbst aufgestellten Regel her, daß keiner der Kontrahenten wider den Willen des Anderen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf. Vermöge dieser Regel tritt, falls der Käufer die Uebernahme verzögert, nur die Modifikation ein, daß der Verkäufer, statt der Verzinsung, zur Berechnung und Auslieferung der gezogenen Nutzungen sich erbieten kann, § 111 a. a. O. Der § 113 knüpft sodann an die mora tradendi des Verkäufers die Wirkung, daß der Käufer, statt der landüblichen, die höchsten, bei Personen seiner Klasse zulässigen Zinsen fordern kann. *Hieraus ergiebt sich, daß die auf Grund des § 113 geforderten Zinsen, soweit sie das landübliche Maß nicht übersteigen, zugleich auf der Regel des § 109 beruhen und nur insoweit, als sie über das landübliche Maß hinausgehen, eigentliche Zögerungszinsen sind.* Wenn nun der § 116 vorschreibt, daß die in den §§ 110—115 geregelte Verbindlichkeit des Verkäufers zur Verzinsung des Kaufgeldes, beziehungsweise zur Berechnung der Nutzungen, falls die Zahlung des Kaufgeldes ausdrücklich vor der Uebergabe bedungen, oder freiwillig ohne Vorbehalt geleistet sei, nicht eintreten solle, so lange die Uebergabe nicht durch seine Schuld verzögert werde, so entspricht dies zwar nicht der Regel des § 109, nach welcher vielmehr jene Verpflichtung des Verkäufers beginnen müßte, sobald die Uebergabe überhaupt verzögert wird, gleichviel, ob dies durch Schuld des Käufers oder durch Zufall geschieht, da aus der bedungenermaßen oder freiwillig ohne Vorbehalt vor der Uebergabe geleisteten Zahlung nur gefolgert werden kann, daß der Käufer bis zu dem für die Uebergabe festgesetzten Tage in die alsdann voraussichtlich wegfallende gleichzeitige Nutzung der Sache und des Kaufgeldes durch den Verkäufer willige. Allein auf die rechtliche Natur der Zinsen,

---

sie nicht zinstragend, StrA. 11 S. 37. Die Zinspflicht des Verkäufers kann auch trotz der Uebergabe eintreten, wenn trotzdem der Käufer die Nutzungen der Sache nicht ziehen kann, wie in StrA. 45 S. 142, wo auf Antrag des Gläubigers einer vom Käufer nicht übernommenen Hyp. die Sequestration eingeleitet und die Pacht mit Beschlag belegt war, wodurch die Nutzungen in der That dem Verkäufer zu gute kamen. In StrA. 81 S. 39 findet sich eine andere Anwendung. A. u. B. besaßen ein Grundstück, auf welchem eine Hyp. von 300 eingetragen. Als A. seinen Antheil an C. verkaufte, übernahm C. die Hyp. in part pr. und als B. an C. seinen Antheil verkaufte, wurde der Kaufpreis von 150 dadurch berichtigt, daß C. wiederum dieselben 300 in p. pr. übernahm, weil B. davon, daß C. bereits zur Tilgung derselben verpflichtet, nichts wußte. Hier ist C. auf die Klage des B. nachträglich zur Zahlung der 150 nebst Zinsen von der Uebergabe ab verurtheilt, weil § 109 anwendbar, da die im Vertrage übernommene Leistung keine wirkliche Leistung gewesen, da C. schon zur Tilgung ver-

welche der Käufer seit dem Beginne der mora tradendi des Verkäufers fordern kann, hat die im § 116 enthaltene Beschränkung der Regel des § 109 keinen Einfluß; dieselben beruhen vielmehr auch in den Fällen, wo die Zahlung des Kaufgeldes, oder eines Theils davon, bedungenermaßen, oder freiwillig, ohne Vorbehalt vor der Uebergabe erfolgt ist, zugleich auf dem Grundsatze, daß keiner der Kontrahenten wider den Willen des Anderen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf. Der etwa hinzutretende Zahlungsverzug des Käufers kann deshalb nur die Wirkung haben, daß der Käufer für die Dauer seines Verzuges keinen Anspruch auf einen höheren, als den landüblichen Zinssatz hat.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in den analogen Vorschriften über die Verzinsungspflicht des Käufers. Letzterer ist nach §§ 227, 228 a. a. O. in allen Fällen, wo er die bei der Uebergabe baar bedungene Zahlung ohne rechtlichen Grund nicht leistet, zur Entrichtung von Zögerungszinsen seit dem Tage der Uebergabe verbunden, jedoch befugt, das Kaufgeld auf Gefahr und Kosten des Verkäufers gerichtlich niederzulegen, falls dieser die Annahme verabsäumt oder verweigert. Wenn nun nach dem in dem Präj. 1029 aufgestellten Rechtsgrundsatze der Käufer, um sich von seiner Verzinsungspflicht zu befreien, von der ihm hier eingeräumten Depositionsbefugniß schlechterdings und selbst in dem Falle Gebrauch machen muß, daß der Verkäufer die Annahme des Kaufgeldes ohne erheblichen Grund verweigert, also auch seinerseits in Verzug kommt, so ergiebt sich hieraus, daß die auf Grund des § 227 a. a. O. zu entrichtenden Zinsen, obgleich sie ausdrücklich als Zögerungszinsen bezeichnet worden, dennoch nicht allein auf der mora, sondern zugleich auf der Regel des § 109 beruhen, weil sie sonst nach der Vorschrift des § 24 I 16 ALR. während der Dauer des Verzuges des Verkäufers nicht fortlaufen könnten.

Hiernach kann man die auf Grund des § 116 I 11 geforderten Zinsen um so weniger als reine Zögerungszinsen ansehen, als sie in dem gedachten Gesetze selbst nicht als solche, sondern schlechthin als Zinsen bezeichnet sind. In dem vorliegenden Falle fordert nun der Kläger von dem bedungenermaßen vor der Uebergabe gezahlten Angelde lediglich die landüblichen Zinsen, welche sich, wie bereits in StrA. 35 S. 199 angenommen worden, in Schlesien auf sechs Prozent belaufen. Der Umstand, ob der Kläger durch seine Weigerung, die beiden letzten Kaufgelderraten von zusammen 1850 Thlrn. zu zahlen, selbst in Verzug gekommen ist und damit die Verklagten von ihrem Verzuge befreit hat, konnte mithin weder auf die Dauer, noch auf die Höhe des klägerischen Anspruchs von Einfluß sein und der App.-Richter begeht deshalb keine Nichtigkeit, wenn er seine Entscheidung nicht von der Frage abhängig macht, wie lange die Verklagten im Verzuge gewesen sind.

Gründe: c. I. Der App.-Richter geht davon aus, daß der Verklagte bei dem Kaufe des Restgrundstückes denjenigen Theil des darauf eingetragenen Ausgedinges, welcher von dem früheren Parzellenkäufer Z. nicht übernommen war, dem Kläger als Verkäufer gegenüber, übernommen hat, und er charakterisirt diese Vereinbarung als eine die Eigenthumsübertragung durch Verkauf bedingende Uebernahme einer Reallast, unter der gleichzeitigen Feststellung, daß dem Kläger eine persönliche Ver-

---

pflichtet, die Sache ganz so, als ob mit einer nicht existirenden Forderung kompensirt wird, § 300 I 16; StrA. 59 S. 40 das. u. zu §§ 178 ff. I 16 (cond. indeb.), in welchem Falle der Käufer in der That Nutzungen und Kaufpreis behält. Ganz unbedenklich ist, daß der Käufer von zinstragenden Papieren das Kaufgeld vom Vertragschlusse ab verzinst, auch wenn der Verkäufer die Papiere für ihn in Verwahrung behält, StrA. 39 S. 8. Falsch ist aber der in StrA. 21 S. 122 vorangestellte Satz, daß § 109 cessirt, wenn die Sache keine Revenüen ergeben; der Fall lag so, daß § 109 überhaupt nicht anwendbar. A. hatte nämlich an B. vorbehaltlich der vormundsch. Genehmigung verkauft, übergeben, das Kaufgeld bezahlt erhalten. Als die Genehmigung nicht ertheilt wurde, klagte A. auf Rückgabe des Grundstücks gegen Rückempfang des Kaufgeldes und Rechnungslegung über die Nutzungen. B. verlangte Entschädigung für die bei Verwaltung des Guts, § 259 h. t., geleisteten Dienste, was abgelehnt wurde, § 74 I 13, und sodann die Zinsen des Kaufgeldes auf Grund § 109, weil die Sache

bindlichkeit hinsichts dieser Last nicht obgelegen. Nichtsdestoweniger nimmt er an, daß aus der Vereinbarung lediglich das Recht des Klägers entstanden sei, zu fordern, daß Verklagter ihn von einer anderen, dem Parzellenkäufer gegenüber, eingegangenen Verbindlichkeit, die Löschung eines Theiles der Reallast von dessen Grundstücken zu bewirken, befreie, und, indem er der Stipulation der Parteien allein diese Natur beilegt, kommt er zu dem Resultate, daß Kläger nicht die Entrichtung der übernommenen Last an die Ausgedinger, sondern allein jene Befreiung verlangen dürfe. Darin liegt aber eine Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des Kaufes unter Uebernahme einer auf dem Kaufgegenstande ruhenden Reallast, und die Verwechselung dieses Geschäftes mit der Uebernahme einer einem Dritten gegenüber bestehenden Gewährspflicht, so daß die desfallsige Beschwerde des Klägers begründet ist.

Denn, wenn der Käufer eines Grundstückes in dem Kaufvertrage erklärt, neben dem Kaufpreise eine eingetragene Last ganz oder theilweise zu übernehmen, so kann die daraus erwachsende Verpflichtung nach Tragweite und Bedeutung eine verschiedene sein; die gebrauchten Worte, der übrige Inhalt des Vertrages und die aus sonstigen Umständen zu ermittelnde Absicht der Parteien müssen darüber im Streitfalle entscheiden.

Zunächst liegt nämlich in einer solchen Vertragsbestimmung, die für sich allein den zu der Last Berechtigten und dessen Recht nicht berührt, eine Regulirung der Gewährspflicht, vermöge welcher die Uebernahme der Last die geschehene Bekanntmachung derselben einschließt und dadurch die Vertretungspflicht des Verkäufers, auch wenn es sich nicht um eine gemeine Last handelt, zweifellos beseitigt, während hinsichts des von der Uebernahme etwa ausgeschlossenen Theiles der Last dem Verkäufer ebenso zweifellos die Vertretungspflicht aufgebürdet wird, §§ 175—183 I 11 ALR.

Sodann kann in einer solchen Vereinbarung auf Seiten des Käufers eine eigentliche Schuldübernahme und demgemäß das Eingehen der Verpflichtung gesehen werden, den Verkäufer von einer demselben als Schuldner der Last obliegenden Verbindlichkeit zu befreien, was aber das Bestehen einer derartigen anderweiten dinglichen oder persönlichen Verbindlichkeit voraussetzt, und nicht auf die dem Besitzer des verkauften Grundstückes als solchem obliegende Verbindlichkeit bezogen werden kann, von welcher der Verkäufer ja durch den vollzogenen Verkauf frei wird.

Endlich kann darin auch, nach Maßgabe des Falles, die Verpflichtung des Käufers gefunden werden, unmittelbar für die Gewährung der Last an den Berechtigten aufzukommen, das ist: das obligatorische Versprechen, die Last an letzteren abzuführen, in welchem Falle der Verkäufer auch auf Grund des Vertrages auf strikte Erfüllung dieses Versprechens dringen kann.

Welche von diesen Bedeutungen der Stipulation vorliegt, hat der Richter nach Beschaffenheit des Falles zu ermessen; es ist aber unrichtig, die rechtliche Natur und Wirkung derselben ohne Unterscheidung und ohne weitere thatsächliche Voraussetzung darin zu setzen, daß Käufer den Verkäufer von irgend einer beliebigen Verbindlich-

---

keine Nutzungen gegeben. § 109 war zweifellos unanwendbar, weil A. als Verkäufer nicht im Besitz gewesen war, aber auch weil § 109 überhaupt einen perfekten und gültigen Vertrag voraussetzt, im konkreten Falle § 260 h. t. anzuwenden war. Deshalb ist § 109 nach StrA. 6 S. 249; 12 S. 240 unt. Nr. 91 Bd. I S. 380, 381 unanwendbar im Falle §§ 155 ff. I 5, vgl. §§ 163, 164 das., die Anwendung in StrA. 47 S. 54 unt. Nr. 89 Bd. I S. 370 deshalb fraglich, ebenso unanwendbar bei Kauf auf Probe, ObTr. 68 S. 55 Erk. c. Nr. 203. Vgl. auch StrA. 80 S. 260 unt. Nr. 200. (Anwendung bei laesio en.)

Im Uebrigen ist § 109 zwar nicht auf Werkverdingung anzuwenden, § 932 I 11; StrA. 79 S. 255 das., wohl aber schon früher, StrA. 32 S. 181; OHG. 19 S. 168, auf Enteignung angewendet, worüber jetzt § 36 Abs. 2 des EnteignGes. bestimmt, und auf den Fall, wo einem Erben testamentarisch ein Grundstück zu bestimmtem Preise, der als Erbtheil an die Miterben zu zahlen, überwiesen ist, StrA. 34 S. 208.

keit befreie, welche derselbe einem Dritten gegenüber eingegangen ist, wenn sie auch Bezug auf die Last hat, so daß sogar geschlossen werden müßte, es sei, um die gedachte Wirkung herbeizuführen, gleichgiltig, ob der Käufer die übernommene Verbindlichkeit gekannt habe, oder nicht, was einer der ersten Vertragsregeln widerspricht. Eine solche Auffassung von der vereinbarten Uebernahme einer Last widerspricht aber auch selbst dann, wenn sie sich als Schuldübernahme qualifizirt, deshalb dem Wesen dieses Geschäftes, weil die Last in Inhalt, Gegenstand, Berechtigten und Verpflichteten ihre bestimmte Begrenzung hat, und der Uebernehmer nur in die durch diese Grenzen bestimmte Verbindlichkeit einzutreten erklärt, nicht aber Pflichten obligatorischer Art übernimmt, welche einen anderen Gegenstand haben, und einer anderen Person gegenüber, zu erfüllen sind. Letzteres könnte nur angenommen werden, wenn ein auf die Uebernahme dieser ganz verschiedenen Verpflichtung gerichteter Willensausdruck vorhanden wäre, an welchem es nach der Unterstellung gänzlich mangelt.

Fällt hiernach der einzige, aus der Natur der Lastenübernahme beim Kaufe abgeleitete Entscheidungsgrund für die Abweisung des Anspruches auf Entrichtung des Ausgedinges, so ist insoweit das Vorderurtel zu vernichten.

Bei freier Prüfung ist dieser Anspruch für gerechtfertigt zu erachten, und insoweit das erste Urtel zu ändern. Denn der in Rede stehenden Vertragsbestimmung der Parteien läßt sich füglich ein anderer Sinn und Zweck nicht unterlegen, als derjenige, den Verklagten auch zur Entrichtung des übernommenen Theiles des Ausgedinges zu verpflichten. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut des Vertrages, in welchem der bereits von dem Parzellenkäufer übernommenene Theil der Last als ein solcher von dem Ueberreste derselben unterschieden ist, welchen Käufer nicht zu berichtigen habe, und das naheliegende Interesse, welches Kläger wegen der ihm gegen den Parzellenkäufer obliegenden Vertretung bei der Berichtigung durch den Käufer hatte, sondern auch die Existenz der ausdrücklichen Uebernahme-Erklärung selbst, insofern dieselbe nicht erforderlich war, um die Vertretungspflicht unter den Kontrahenten zu reguliren, § 183 I 11, und insofern ihr bei der unstreitigen Sachlage, nach welcher Kläger durch den Verkauf von der Last selbst gänzlich frei wurde, auch nicht die Bedeutung beiwohnen kann, daß Verklagter in ein gegen die Ausgedinger bestehendes Schuldverhältniß des ersteren eintreten sollte, während der Eintritt in das dingliche Schuldverhältniß außer aller Frage stand, und von den Abreden der Parteien nicht abhängig war.

Kann aber danach Kläger die Entrichtung der übernommenen Last an die Ausgedingerin als vertragsmäßige Leistung vom Verklagten verlangen, so ist die ventilirte Frage, ob mit der Vertragsbestimmung ein Vortheil Dritter, die allerdings nicht die Ausgedinger sein können, bezweckt worden, weil es sich um ein Klagerecht Dritter nicht handelt, einflußlos, und die lediglich ablehnende Einlassung des Verklagten nicht zu beachten.

Die in zweiter Instanz erhobene Einrede aber, daß die Ausgedingerin die Ausnahme der Leistung, „weil sie nicht auf den Plan des Verklagten melken gehen wolle," abgelehnt, ist schon deshalb unerheblich, weil daraus nicht erhellt, daß Verklagter die schuldigen Leistungen auch gehörig und an dem gehörigen Orte angeboten habe.

Einen Fall, wo die Leistung des Käufers nicht in baarem Kaufpreise besteht, sondern in der Uebernahme einer Last, behandelt das Erk. c. mit dem ganz unbedenklichen Ergebniß, daß der Käufer in solchem Falle dem Verkäufer gegenüber zur Leistung an den Dritten verpflichtet sein kann. Ueber den praktisch wichtigen Fall der Uebernahme von Hypotheken in p. pr. vgl. zu I 20 §§ 53, 54, EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 41.

Ueber den Uebergang der Lasten auf den Käufer vgl. Erk. d. u. unt. Nr. 196, wegen des Uebergangs von Mieths- und Pachtzinsen auch namentlich noch bei I 21 § 358, über den Uebergang der Gefahr Nr. 196 Erk. b., c. Jetzt nicht mehr praktische Beispiele enthalten ObTr. 45 S. 361 u. StrA. 2 S. 262. In ersterem Falle hatte die Stadt vor dem Ges. v. 31. Okt. 1848 bei der Regulirung der gutsherrlich bäuerlichen Verhältnisse ihres Kämmereiguts sich das Jagdrecht auf dem Bauernareal vorbehalten und dasselbe gegen eine jährl. Rente an verschiedene Personen überlassen. Nach Aufhebung des Jagdrechts durch das Ges. v. 31. Okt. 1848

II. Dagegen ist die gegen die Abweisung mit der Entschädigung für nicht gewährte Milchnutzung gerichtete Beschwerde unbegründet. Der Entscheidungsgrund ist der, daß der Anspruch aus dem Vergleiche des Z. mit der Wittwe L. abgeleitet sei, dieser Vergleich aber keine Verbindlichkeiten des Verklagten, Dritten gegenüber, erzeuge. Dieser Satz ist unzweifelhaft richtig und wird von den in der Nichtigkeitsbeschwerde angezogenen Vorschriften der §§ 4—6 I 11 ALR. und dem Grundsatze, daß Verträge nach ihrem Inhalte erfüllt werden müssen, gar nicht betroffen, verstößt auch nicht gegen den wörtlichen Inhalt des Kaufvertrages und beruht auch endlich nicht auf der Verkennung der Natur irgend welchen Rechtsgeschäftes, so daß die desfallsigen Angriffe nicht einmal darauf bezogen werden können. Verklagter muß allerdings für Nichterfüllung seiner Verpflichtungen, nach Maßgabe seiner Verschuldung, Entschädigung leisten, aber diese Entschädigung bestimmt sich nach dem Interesse des Forderungsberechtigten und nicht nach Verträgen, die zwischen anderen Personen geschlossen sin'd.

Gründe: d. Das ALR. stellt in der Lehre vom Kaufvertrage unter dem Marginale „Verbindlichkeiten des Verkäufers“ „in Ansehung der Gefahr, der Lasten und Nutzungen bis zur Uebergabe“ zunächst im § 95 I 11 als Regel auf, daß bei allen freiwilligen Verkäufen, die nicht in Pausch und Bogen geschlossen, in Ermangelung einer anderen ausdrücklichen Verabredung Gefahr und Schade bis zur Uebergabe dem Verkäufer zur Last fallen. Ueber die Nutzungen verhalten sich die §§ 105—108 a. a. O. Die natürlichen Früchte, welche vermöge des gewöhnlichen Nutzungsrechts bis zur Zeit der Uebergabe abgesondert sind, gehören dem Verkäufer, die übrigen dem Käufer. Bezüglich der civilen Früchte wird unterschieden zwischen Pacht- und Miethzinsen, dem Surrogat der natürlichen Früchte, und Geldzinsen, Kornpächten der Unterthanen, Zehnten, Abschoß und anderen Hebungen dieser Art. Erstere sollen zwischen Käufer und Verkäufer nach Verhältniß ihrer Besitzzeit getheilt werden, § 106, bei den letzteren entscheidet die Fälligkeit, sie gebühren, soweit sie nach der Uebergabe fällig, dem Käufer, § 107. Ueber die Tragung und Vertheilung der Lasten und Abgaben findet sich, obschon das Marginale ihrer gedenkt, nur im § 105 der allgemeine Grundsatz, daß so lange der Verkäufer die Gefahr und Lasten der Sache zu tragen schuldig, ihm in der Regel auch die Nutzungen nicht benommen werden dürfen. Einzelnbestimmungen über die Abgaben und Lasten sind bei der Gewährleistung für die auf der verkauften Sache haftenden Lasten in den §§ 175 ff. gegeben. Diese lassen sich, wie in dem PlBeschl. ObTr. 22 S. 161*) ausgeführt ist, auf den Grundsatz zurückführen, daß der Verkäufer Gewähr zu leisten habe für die auf dem Grundstücke ruhenden ungewöhnlichen Lasten und Abgaben und für alle Abgaben-Rückstände aus der Zeit bis zur Uebergabe, daß dagegen der Käufer die gewöhnlichen und alle nach der Uebergabe auferlegten Lasten und Abgaben übernehmen müsse. Der § 182, welcher vorschreibt, daß der Verkäufer dem Käufer für alle Rückstände öffentlicher Abgaben und Lasten haften müsse, welche in die Zeit vor der Uebergabe treffen, will nur außer Zweifel stellen, daß der Verkäufer, wenn er auch die Last selbst als gemeine oder gewöhn-

---

*) Nr. 198 Erk. a.

---

weigerten die Käufer die Weiterzahlung der Rente, sind aber verurtheilt, weil das Jagdrecht ihnen untergegangen. § 108 Einl. war offenbar unanwendbar, weil die Konnexität fehlte. Ebenso lag der zweite Fall, in dem es sich um rückständiges Kaufgeld handelte.

Ueber die Folgen des Verzugs des Käufers bei Abnahme der Sache, §§ 216 ff., 98 ff. h. t., vgl. das wichtige Erk. c. Nr. 104 Bd. I S. 451. Ist der Käufer im Verzuge, so hat der Verkäufer das Recht, aber nicht die Pflicht, die Sache in gerichtl. Verwahrung zu geben; die Deposition befreit ihn nur von aller Verantwortlichkeit. In StrA. 30 S. 212 hatte A. an B. gegen Schlußschein an Order auf Lieferung in bestimmter Frist verkauft, die Lieferung dem B. rechtzeitig angeboten, B. die Annahme abgelehnt, weil er den Schlußschein weitergegeben und den Inhaber nicht kannte, der sich bei A. gemeldet, aber ohne sich zu legitimiren. Als der Inhaber gegen A. das Interesse einklagte, verurtheilte der 2. Richter, weil A. habe deponiren müssen, was falsch war.

liche nicht zu vertreten hat, § 175, doch für die Rückstände davon dem Käufer aufkommen muß, enthält aber keine von der allgemeinen Regel abweichende besondere Bestimmung bezüglich der öffentlichen Lasten, vielmehr eine Bestätigung der Regel. Es steht auch damit im Einklange, daß der Verkäufer nach den §§ 180, 181 verpflichtet ist, Kriegssteuern, Brandschatzungen und außerordentliche Lasten, welche auf dem Grundstücke als solchem haften, zu tragen, wenn sie erst nach geschlossenem Kaufe oder erst nach erfolgter Uebergabe vertheilt werden, die Verbindlichkeit zur Entrichtung einer solchen besonderen Last aber schon vor der Uebergabe vorhanden gewesen ist (vgl. Präj. Nr. 2353). Es soll in solchem Falle der Umstand, daß die Festsetzung und Vertheilung des auf das verkaufte Grundstück fallenden Beitrages der Last erst nach der Uebergabe erfolgt ist, den Verkäufer von der ihm nach den allgemeinen Grundsätzen obliegenden, schon vor der Uebergabe bestandenen Verbindlichkeit nicht befreien.

Der App.-Richter hat hiernach mit vollem Rechte angenommen, daß der Kläger als Käufer den erst nach der Uebergabe fällig gewordenen Erbpachtskanon zu entrichten hatte und eine Vertheilung desselben nach Verhältniß seiner Besitzzeit zu fordern nicht berechtigt ist. Die Bestimmung im § 106 a. a. O. über die Vertheilung der Pacht- und Miethzinsen zwischen Käufer und Verkäufer nach Verhältniß ihrer Besitzzeit paßt weder direkt noch analog auf den vorliegenden Fall. Es handelt sich hier nicht um eine Hebung, um eine Nutzung oder deren Surrogat, den Kanon, nicht um die Frage, ob ein dem Grundstücke zustehender Kanon dem Käufer oder Verkäufer gebührt oder ob derselbe unter ihnen zu vertheilen sei, sondern um einen von dem erkauften Grundstücke zu entrichtenden Kanon. Die Nutzungen des vormaligen Erbpachtsgrundstücks sind mit der Uebergabe auf den Käufer übergegangen, der Letztere hat von da ab auch die auf dem Grundstücke ruhenden Abgaben zu tragen. Die Vorschrift im § 106 ist an sich eine anomale, die Gesetz-Revisoren bemerken darüber (Pens. XIV Nr. 37), daß die Unterscheidung zwischen Pacht- und Miethzinsen und den Geld- und Naturalgefällen in den §§ 106 und 107 keinen sachlichen Grund habe und gegen die eingegangenen Erinnerungen und gegen Suarez's Vorschläge aus einem nicht bekannten Grunde getroffen sei. Die Bestimmung im § 107 ist rationeller, harmonirt mit dem Grundprinzip des Landrechts über die Vertheilung der Nutzungen und bietet eine nicht unpassende Analogie für die Vertheilung der Lasten. Dem App.-Richter fällt hiernach eine Verletzung der §§ 106, 107 I 11 ALR. nicht zur Last, auch nicht insofern, als er davon ausgeht, daß der streitige Erbpachtskanon erst nach der Uebergabe des Grundstücks fällig geworden sei. Denn unbestritten hat Kläger mit dem Abschlusse des Vertrages Besitz und Nutzung thatsächlich überkommen, es ist aber auch, wie vom App.-Richter vorausgeschickt ist, im § 11 des Kaufvertrages ausdrücklich vereinbart, daß die Lasten und Abgaben vom Tage des Vertragsabschlusses ab auf den Käufer übergehen sollen, und deshalb hier der letztere Tag, nicht der der Uebergabe, maßgebend.

Nr. 200. §§ 229, 230, 224—226, 231—246, 247—249, 250 bis 256, 48, 58—69. Kauf. Aufhebung. Nichterfüllung. laesio enormis. (Verletzung über die Hälfte.)*)

*) Vgl. Windscheid 2 § 396; Dernburg 2 § 152 unt. 2., § 151 unt. 2., § 136 unt. 2. (laesio en.); Förster (Eccius) 2 § 127, § 125$_{62, 64}$. — Die Aufhebung und Anfechtung des Kaufvertr. steht zunächst unter den allgem. Vorschriften über die Aufhebung des Vertr. in I 5 §§ 360 ff. Vgl. Nr. 118—122 Bd. I S. 532—549, §§ 231 ff., 247 h. t. Etwas Besonderes enthalten nur die §§ 229, 230 h. t. über das einseitige Rücktrittsrecht

a. Präj. 2188 v. 28. Febr. 1849; ObTr. 19 S. 144.
b. Erk. v. 19. Jan. 1874; StrA. 90 S. 367.
c. Erk. v. 21. Jan. 1876; ObTr. 76 S. 288.
d. Erk. v. 22. Nov. 1864; StrA. 57 S. 117.

Im Falle a. hatte der Gutsbesitzer A. sich schriftlich verpflichtet, dem Kaufmann B. bestimmte Quantitäten Früchte zu bestimmten Preisen und zu bestimmten Terminen gegen Baarzahlung für jede einzelne Lieferung zu liefern. Als für eine Lieferung am 21. Dezember Zahlung nicht erfolgte, trat A. am 30. Dez. vom Vertrage zurück und klagte später auf Zahlung für diese Lieferung, wogegen B., der nun zahlte, auf vollständige Erfüllung durch weitere Lieferung und auf Schadensersatz klagte. Das ObTr. hat mit dem 2. Richter, der den Rücktritt für unzulässig erklärte, weil ein Lieferungsvertrag vorliege, verurtheilt. — Im Falle b. hatte A. an B. ein Grundstück verkauft, am Tage des Vertragsschlusses eine Anzahlung erhalten; die Uebergabe sollte gegen Baarzahlung des Restes in der Zeit vom 1. Juli bis 8. Okt. 1872 erfolgen. Als B. sich zur Uebergabe nicht einfand, trat A. zurück und berief sich gegen die Klage des B. auf Uebergabe gegen Zahlung auf § 230 h. t. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. sein Grundstück an B. durch Vertr. v. 25. Okt. 1871 verkauft. Die Uebergabe sollte Michaelis 1874 erfolgen, zugleich auch die Zahlung des Kaufpreises. Als B. sich zur Uebergabe nicht einfand und nicht zahlte, erklärte A. im Januar 1875, dass er zurücktrete. Als B. sodann auf Erfüllung klagte, berief A. sich hierauf und auf § 230 h. t. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. — Im Falle d. hatte A. an B. ein Pferd verkauft, dessen Rücknahme B. verlangte, weil es nur 25—30 Thlr. werth, während der Kaufpreis 97 Thlr. betrug. Der 2. Richter wies ab, weil B. in dem Vertrage auf Gewährleistung verzichtet. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Es liegt ein Kaufgeschäft vor. Die hierauf sich erstreckende, theils aus dem Inhalt des Vertrages, theils aus den Verhältnissen des Verklagten als eines Gutsbesitzers geschöpfte Annahme des zweiten Richters ist vollkommen begründet und ohne Erfolg angefochten worden. Von einem Verschaffen des Gegenstandes, der Leistung des Verklagten, als das Wesen eines Lieferungs-Vertrages nach der Vorschrift des ALR. I 11 § 981 in sich schließend, ist weder aus dem Kontrakte, noch aus den übrigen Umständen irgend etwas zu entnehmen.*) Der Verklagte hat vom eigenen Fruchtgewinn geben wollen. Derselbe hat indessen auch

*) Vgl. Nr. 194 Erk. d.

wegen Verzugs des Käufers bei Abholung der Sache und Zahlung des Preises und die §§ 58 ff., 250 ff. h. t. über die Anfechtung wegen laesio enormis. Die §§ 229, 230 enthalten eine Abweichung von der Regel in § 231 h. t., § 393 I 5 (Nr. 121 Bd. I S. 549), insofern der Verzug des Käufers den Verkäufer ohne Weiteres zum Rücktritt berechtigt, in § 229, wenn Kaufvertr. über bewegl. Sachen unter 50 Thlr. vorliegt und der Käufer zur bestimmten Zeit die Sachen nicht holt, in § 230 wenn Kaufvertr. über bewegl. oder unbewegl. Sachen über oder unter 50 Thlr. vorliegt und die bedungene Baarzahlung des Preises bei der Uebergabe nicht erfolgt. Daß § 230 auf bewegl. u. unbewegl. Sachen ohne Unterschied des Preises anzuwenden, das „Ebenso" in § 230 sich nicht auf den Gegenstand, sondern auf das Rücktrittsrecht bezieht, ist in Praxis und Theorie nicht mehr streitig, Erk. b.; Präj. 484; StrA. 6 S. 174; 70 S. 232; 92 S. 265; ObTr. 58 S. 79. Der Verkäufer bewegl. Sachen über 50 Thlr. kann deshalb nach § 230 zurücktreten, wenn die Sache binnen bestimmter Zeit abzunehmen und der Kaufpreis dabei baar zu zahlen ist, Präj. 1951; ObTr. 15 S. 502 (ohne Gründe); StrA. 9 S. 147. Die Folge ist, daß die Klage des Käufers auf Erfüllung in solchem Falle die Behauptung und den Beweis fordert, daß er sich zur bestimmten Zeit zur Abnahme eingefunden und Baarzahlung erboten.

als Verkäufer den Vertrag in Ansehung der noch rückständigen Leistungen aufzuheben sich für berechtigt gehalten, weil Käufer jede einzelne Lieferung bei der Uebergabe baar zu bezahlen kontraktmäßig verpflichtet gewesen ist und derselbe dieser Verbindlichkeit bei der letzten Lieferung kein Genüge geleistet hat. Es ist diese Befugniß auf die Vorschrift ALR. I 11 § 230 gestützt worden. Der Richter zweiter Instanz achtet diese Bestimmung hier nicht für anwendbar. Er beschränkt sie auf den Fall, wenn der Kaufvertrag noch von keiner Seite erfüllt worden ist, und beim Eintritt der Uebergabe, wenn der Verkäufer diese vornehmen will, ihm von Seiten des Käufers die Bezahlung des Kaufpreises verweigert wird. Diese Vorschrift ist hier deshalb für unanwendbar erklärt worden, weil der Verklagte schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung bewerkstelligt hat. Der Implorant findet in dieser Beschränkung der obigen Vorschrift eine unrichtige Anwendung derselben. Darin ist ihm beizutreten. Der einfache gewöhnliche Fall der gedachten Bestimmung ist allerdings der, wenn die Erfüllung ungetheilt, auf einmal, durch Hingabe des ganzen Gegenstandes des Kaufs, gegen Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll und der Käufer dem zur Uebergabe der Sache bereitwilligen Verkäufer die Zahlung des Kaufpreises verweigert. Die wörtliche Fassung der Vorschrift leitet auf diesen einfachen Fall. Der Verkäufer soll befugt sein, die Uebergabe zu verweigern und den Vertrag aufzuheben. Es wird so angesehen, als wenn noch nichts in Beziehung auf die Erfüllung geschehen wäre; und es soll nun auch, weil vertragsmäßig Zug um Zug erfüllt werden muß, der eine Kontrahent aber nicht erfüllen will, der andere Theil den Vertrag als gar nicht geschlossen ansehen dürfen, und soll diese Folge, die Aufhebung des Kontrakts, durch seine bloße Erklärung, verbunden mit der Weigerung der Uebergabe, herbeiführen können. Ist es noch von keiner Seite zu einer Erfüllung, auch nicht theilweise gekommen, so löst dann ein solcher Rücktritt von Seiten des Verkäufers das ganze Geschäft in allen Beziehungen auf. Zu einer Rückleistung, oder einer Erfüllung von der einen oder der anderen Seite ist in einem solchen Falle keine rechtliche Veranlassung vorhanden; das Verhältniß beider Kontrahenten zu einander rechtfertigt bei einem solchen Stande des Geschäfts, das für beide Theile noch im gleichen Stadium sich befindet, als Folge der Weigerung der Erfüllung von Seiten des einen Theils, die gleiche Weigerung der Erfüllung von Seiten des anderen Theils, und damit zugleich die gänzliche Auflösung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten zu einander. Anders steht die Sache im Allgemeinen dann, wenn die Erfüllung schon begonnen hat, durch diese schon rechtliche Wirkungen unter den Kontrahenten sich erzeugt haben und später, bei der rückständigen Erfüllung, der Käufer seiner Zahlungsverbindlichkeit vertragsmäßig zu genügen Anstand nimmt. Die schon erfolgte Erfüllung läßt sich ohne Weiteres nicht als rückgängig werdend ansehen. Die Stellung der

---

Auch darüber herrscht kein Streit mehr, daß die §§ 229, 230 voraussetzen, daß zur Erfüllung noch von keiner Seite etwas geschehen ist, Erk. a. u. b. Für den § 229 ergiebt sich von selbst, daß wenn der Käufer bezahlt hat, daher nur noch die Verpflichtung zur Uebergabe für den Verkäufer übrig bleibt, diese Verpflichtung nicht durch den Verzug des Käufers in der Abnahme fortfallen kann; dasselbe gilt auch bei theilweiser Zahlung. Auch in § 230 hat theilweise Zahlung vor oder bei der Uebergabe den Fortfall des Rücktrittsrechts zur Folge. So auch StrA. 23 S. 109, wo kontraktmäßig vor der Uebergabe eine Anzahlung geleistet, der Käufer mit einer späteren Ratenzahlung in Rückstand geblieben war und der Verkäufer daraufhin ohne Erfolg auf Aufhebung des Vertr. klagte. Theilweise Erfüllung liegt aber nur vor, wenn wirklich gezahlt; Uebernahme von Hypotheken in part. pretii ist ihrer rechtl. Natur nach keine Erfüllung, sondern Vertr. über Belegung; sie befriedigt den Verkäufer nicht, so wenig wie ein Kreditiren des Kaufpreises, sondern begründet nur eine Obligation auf Erfüllung durch Liberirung oder Zahlung, StrA. 92 S. 265; 70 S. 232. Hat der Verkäufer durch Uebergabe erfüllt, so kann dies in Erwartung der Erfüllung Zug um Zug durch den Käufer geschehen sein, in diesem Falle geht der Verkäufer seines Rechts

Kontrahenten zu einander ist in Folge der Erfüllung auch nicht durchweg mehr eine gleiche. Die bloße Erklärung der Kontrahenten ist nicht im Stande, das Rechtsgeschäft in allen Beziehungen als aufgehoben erscheinen zu lassen. Es muß in der Regel zu einem solchen Rücktritte von der einen oder anderen Seite noch etwas hinzutreten. Dieser Unterschied liegt im Allgemeinen auch den gesetzlichen Bestimmungen über die Aufhebung der Verträge überhaupt durch wechselseitige Einwilligung ALR. I 5 §§ 385 ff. zum Grunde. Der zweite Richter geht aber in der Annahme, daß die Vorschrift des obigen § 230 unbedingt und ohne Ausnahme in Ansehung eines jeden Kaufs den Fall voraussetze, daß noch gar keine Erfüllung stattgefunden habe, zu weit. Zu denjenigen Kaufgeschäften, auf welche auch nach schon begonnener Erfüllung, ihrer rechtlichen Natur nach, der § 230 dennoch Anwendung finden kann, gehören Käufe über Quantitäten fungibler Sachen, wenn einzelne Lieferungen gegen jedesmalige baare Zahlung für die einzelne Lieferung bei der Uebergabe vorbedungen worden sind. In einem solchen Falle lassen sich die einzelnen, schon erfolgten, gegen baare Zahlung vom Käufer angenommenen Lieferungen als vollständig abgemachte Theile des ganzen Geschäfts ansehen, so daß, wenn demnächst weitere, künftige Lieferungen gegen baare Zahlung geschehen sollen und die letztere bei einer solchen einzelnen späteren Lieferung vom Käufer bei der Uebergabe verweigert wird, der Vertrag in Ansehung der noch rückständigen Leistungen, unabhängig von der früheren theilweisen Erfüllung in Beziehung auf das Recht des Verkäufers, den Kontrakt aufzuheben, gleichsam als ein für sich bestehendes unerfülltes Geschäft sich darstellt. Diese Art der Auffassung wird wenigstens in den meisten Fällen gerechtfertigt erscheinen. Auf letztere ist dann auch der § 230 anzuwenden. Dem Rechte des Verkäufers, den Vertrag aufzuheben, steht auch der Umstand für sich allein noch nicht entgegen, daß er die Theil-Lieferung, die sofort baar bezahlt werden soll, dem Käufer übergiebt, sodann die Zahlung erwartet und demnächst, wenn sie verweigert wird, den Vertrag aufhebt. Eine Erfüllung Zug um Zug ist nach der Lage der Sache nicht immer dergestalt zu bewerkstelligen, daß die Leistung beider Theile sich ungetrennt in einen Akt zusammenfassen läßt. In der Uebergabe allein ist deshalb auch noch kein Verzicht von Seiten des Verkäufers auf das ihm im § 230 beigelegte Recht zu finden. In obiger Art verhält sich die Sache hier. Die früheren, baar bezahlten Lieferungen sind für abgemacht zu achten. Sie kommen, soweit es sich um die Anwendung der Vorschrift des § 230 auf die späteren Lieferungen handelt, nicht in Betracht. Die entgegengesetzte Annahme des zweiten Richters, auf der allein die angefochtene Entscheidung beruht, enthält hiernach eine unrichtige Anwendung jener Vorschrift.

Das zweite Erkenntniß muß aber dennoch aufrecht erhalten werden. Es ist mit dem § 230 die Bestimmung des § 224 I 11 ALR. zu verbinden. Nach der

---

auf Rücktritt nach §§ 224, 226 h. t. verlustig, wenn er nicht binnen 8 Tagen (d. h. 1 Woche, Nr. 48 Erk. d. Bd. I S. 178) auf Aufhebung des Vertr. und Rückgabe klagt. Vgl. Erk. a. Aus §§ 224—226, in denen wohl erfolgte Uebergabe vorausgesetzt, ergiebt sich aber zugleich, daß die Klage auf Zahlung des Kaufpreises allein dem Verkäufer das Rücktrittsrecht nicht nimmt, wenn trotzdem nicht erfüllt wird. So ObTr. 58 S. 79. In diesem Falle hatte A. an B. ein Grundstück verkauft; die Uebergabe sollte gegen baare Anzahlung erfolgen, der Rest theils kreditirt, theils eingetragen werden. Als die Anzahlung unterblieb, klagte der Verkäufer auf Zahlung gegen Uebergabe, erstritt auch ein Judikat, die Exek. blieb aber fruchtlos. Als später der Cessionar des Käufers auf Uebergabe gegen Zahlung klagte, trat der Verkäufer auf Grund § 230 h. t. zurück. Die Klage ist auch in allen Instanzen abgewiesen, weil zwar der Verkäufer, der zurückgetreten, kein jus variandi habe und auf Erfüllung klagen könne, sein Rücktrittsrecht aber, wenn auch später Erfüllung nicht erfolge, durch das Verlangen der Erfüllung nicht aufgehoben werde. Vgl. auch ObTr. 50 S. 31 (StrA. 50 S. 325); Nr. 121 Bd. I S. 546 für den ähnlichen Fall des § 397 I 5.

Anders wird sich die Sache gestalten, wenn die Uebergabe nicht in Erwartung der Zahlung geleistet, sondern trotz ausgebliebener Zahlung geleistet, und verabredet, daß erst später gezahlt werden soll. In solchem Falle bleibt für den § 230 kein Raum mehr.

letzteren ist das Kaufgeld für geborgt anzusehen, wenn der Verkäufer wegen der im Kontrakt vorbedungenen und bei der Uebergabe nicht geleisteten baaren Zahlung des Kaufgeldes die gerichtliche Klage nicht innerhalb 8 Tagen nach der Uebergabe anmeldet. Ein Verkäufer, der diese Frist nicht inne hält und dadurch zu erkennen giebt, daß er dem Käufer das Kaufgeld kreditirt habe, verzichtet dadurch zugleich auf das ihm im § 230 beigelegte Recht, den Vertrag wegen der bei der Uebergabe nicht baar geleisteten Zahlung aufzuheben. In einer solchen Stundung des Kaufgeldes für die übergebene Sache tritt der Wille des Verkäufers hervor, den Vertrag auch für die künftigen Leistungen nicht rückgängig machen, sondern bei diesem stehen bleiben zu wollen. Nach Inhalt der Klagebeantwortung hat der Verklagte den Kläger zwar im Dezember 1846 und im Januar 1847 wiederholt an die Zahlung erinnert, dann aber erst geklagt. Es steht ihm daher der § 224 entgegen und die Wiederaufhebung des Kontrakts in Ansehung der rückständig verbliebenen Leistungen ist nicht begründet. Die durch das angefochtene Erkenntniß ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten zur Erfüllung und Entschädigung des Klägers wegen seiner Zögerung in der Erfüllung erscheint hiernach gerechtfertigt.

Gründe: b. Daß der § 230 I 11 ALR. nicht auf bewegliche Sachen zu beschränken, sondern auch über unbewegliche zu erstrecken, wird weder in der Theorie noch in der Praxis bezweifelt. Der Kläger hat sich im § 2 des Vertrages verpflichtet, Zug um Zug gegen Uebergabe des Grundstücks 35,000 Thlr. an den Verklagten zu zahlen. Er hat diese Zahlung nicht geleistet, obgleich die zur Uebergabe im § 4 des Vertrages bestimmte Frist (vom 1. Juli bis 8. Oktober 1872) abgelaufen ist. Deshalb ist der Verklagte von dem Vertrage zurückgetreten und der App.-Richter hat diesen Rücktritt für berechtigt erklärt, demgemäß den Kläger mit seiner Klage abgewiesen und dem Wiederklageantrage entsprechend verurtheilt. Diese Entscheidung ist nicht begründet.

Freilich ist der Einwand des Klägers, daß nicht er mit der Zahlung, vielmehr der Verklagte mit der Uebergabe sich im Verzuge befunden habe, mit Recht von dem App.-Richter zurückgewiesen worden. Es ist nicht anzuerkennen, daß der Verklagte, der Verkäufer, verpflichtet gewesen sei, die Uebergabe unter Bezeichnung eines näher zu bestimmenden Zeitpunktes zuvor noch besonders zu offeriren. Auch abgesehen von der Bestimmung des § 27 I 16 ALR. ergiebt sich aus der Natur eines über ein Grundstück geschlossenen Kaufvertrages, daß die Uebergabe nur dort, wo das Grundstück belegen ist, erfolgen kann, § 247 I 5 ALR., und wo die Uebergabe erfolgen muß, muß auch der Preis in Ermangelung entgegenstehender Verabredungen bezahlt werden, § 93 I 11 ALR. Es war mithin Sache des Klägers, sich innerhalb der bestimmten Frist zu dem Verkäufer zu begeben und dort unter Offerirung der 35,000 Thlr. die Uebergabe zu verlangen. Er hat aber unstreitig innerhalb dieser Frist seinerseits gar keine Schritte gethan und ist zuerst am 17. Oktober, also nach Ablauf der bestimmten Zeit, zu dem Verklagten gegangen, um die Uebergabe herbeizuführen.

In dem Falle a. hat das ObTr. bei theilbarer Leistung, bei Käufen von Quantitäten fungibler Sachen, die in Raten gegen jedesmalige Baarzahlung für die Rate zu erfüllen, den § 230 für anwendbar erachtet. Die Nichterfüllung in Bezug auf eine einzelne Lieferung soll in solchem Falle das Rücktrittsrecht für die künftigen Lieferungen geben. Ebenso StrA. 12 S. 187 für einen ähnlichen Fall, wo indessen zugleich auf konkrete Beurtheilung des einzelnen Falls und ob danach Nichtzahlung einer einzelnen Rate der Nichterfüllung gleichstehe, hingewiesen. Beide Fälle würden jetzt nach Art. 354, 356, 359 HGB. zu beurtheilen und anders zu entscheiden sein, denn § 230 kann auf Handelsgeschäfte, für welche die Folgen des Verzugs in Art. 354, 356 regulirt, keine Anwendung finden, so wenig wie der § 224 h. t.; StrA. 72 S. 244. Vgl. OHG. 21 S. 35; StrA. 18 S. 259 unt. Nr. 194.

Darüber kann kein Bedenken sein, daß § 230 anzuwenden, mag der Kaufpreis bei der Uebergabe ganz oder theilweise baar zu zahlen, daneben Kreditirung eines anderen Theils verabredet sein; es kommt lediglich darauf an, ob derjenige Theil des Kaufgeldes, der bei der Uebergabe baar zu zahlen, nicht gezahlt wird, StrA. 23 S. 109; 70 S. 232 u. das oben erwähnte Erk. ObTr. 58 S. 79.

Das durch Vertrag und Gesetz sich so gestaltende Rechtsverhältniß kann nicht dadurch ein anderes geworden sein, daß die Vereinbarung einer so ausgedehnten Uebergabefrist auf Wunsch des Verklagten erfolgt sein soll, der zuvor seine vielen auf dem verkauften Grundstücke befindlichen Mobilien habe forträumen wollen, auch nicht durch die angebliche mündliche Nebenberedung, daß das Grundstück vor der Uebergabe von diesen Mobilien geräumt sein müsse, endlich auch nicht durch die angeblich von dem Verklagten nach Ablauf der Uebergabefrist gegen den Anwalt des Klägers abgegebene Erklärung, daß er noch viele Inventarienstücke abräumen, und Kläger ihm noch einige Konzessionen machen müsse. Es steht dem Kläger in diesen Beziehungen schon die unangefochtene Auslegung des Vertrages durch den App.-Richter entgegen, welcher zudem die angeblichen Vorbehalte des Verklagten in ihrer Motivirung für nicht recht verständlich erachtet. Nach diesem Allen würde der getroffenen Entscheidung zugestimmt werden müssen.

Aber einen anderen erheblichen Umstand hat der App.-Richter nicht richtig gewürdigt, die unstreitige Thatsache, daß der Kläger am Tage der notariellen Vertragsschließung in Anrechnung auf den Kaufpreis baar 5000 Thlr. angezahlt hat. Der § 230 I 11 ALR. setzt in seiner allein möglichen Bedeutung voraus, daß in Folge des Kaufgeschäfts unter den Kontrahenten noch keinerlei anderen, als die unvermischt obligatorischen Rechtsbeziehungen existent geworden sind, d. h. diejenigen, welche lediglich aus diesem Geschäfte als solchem, aus seiner Natur als eines Konsensualvertrages folgen. Die Sachlage muß eine solche sein, daß durch die Rücktrittserklärung allein die wechselseitigen Verbindlichkeiten in jeder Richtung zu einer endgiltigen Erledigung gelangen. Durch die Preisanzahlung der 5000 Thlr. hatte aber schon vor dem Eintreten der Uebergabefrist der Kläger den Vertrag theilweise erfüllt. Die Zahlung und Empfangnahme dieses Theilpreises, zu dessen Rückzahlung der Verklagte nicht einmal bereit ist, denselben vielmehr Inhalts seines Schreibens v. 22. Okt. 1872 als eine Daraufgabe betrachtet und unter Berufung auf den § 218 I 5 ALR. lukriren will, hat ein Rechtsverhältniß geschaffen, welches durch die Rücktrittserklärung seine Lösung keineswegs gefunden hat. Die Bestimmung des § 230, welcher eine nothwendige Voraussetzung fehlt, ist in diesem Falle unanwendbar, und es kann nur auf die allgemeinen Regeln der §§ 388 ff. I 5 ALR. zurückgegangen werden, welche bezüglich der darin für die Aufhebung schriftlicher Verträge gestellten Anforderungen dem Verklagten nicht zur Seite stehen, wie keiner Ausführung bedarf. Dieser Ausführung entsprechend hat sich auch der vierte Senat in den Gründen seines Erk. ObTr. 19 S. 148 ausgesprochen, und in den Gründen des Erk. StrA. 23 S. 109 den für eine Ausnahmebestimmung zu erachtenden § 230 auf einen Fall, in welchem durch eine Preisanzahlung mit der Erfüllung bereits begonnen ist, für unanwendbar erklärt. Auch in dem ungedruckten Erkenntnisse desselben Senats in Sachen Pomp wider Schmidt v. 24. März 1865 ist derselbe Grundsatz mittelbar anerkannt worden. In den

---

Rechtsgrund des Rücktrittsrechts ist der Verzug des Käufers, Erk. b. u. c. Wo der Käufer, was die Regel, die Sache zu holen hat, muß er sich melden, andernfalls der Verkäufer ihn durch Anbieten der Uebergabe in Verzug setzen. Wie sich dies bei Grundstückskäufen, insbesondere jetzt gestaltet, wo die Auflassung zur vollständigen Erfüllung gehört, vgl. Nr. 196, darüber vgl. die Erk. b. u. c. Zu Erk. c. ist aber zu bemerken, daß die Sache sich anders gestaltet, wo Uebergabe gegen Zahlung vor der Auflassung bedungen. Ausgeschlossen wird der Verzug des Käufers durch Verschulden des Verkäufers, Zufall, nicht durch Hindernisse in der Person des Käufers. Ein Beispiel giebt StrA. 70 S. 232. A. hatte an B. ein Grundstück verkauft; bedungen war Uebergabe an bestimmtem Tage gegen baare Anzahlung, während der Rest des Preises theils kreditirt und einzutragen, theils durch Uebernahme von Hyp. in p. pr. zu berichtigen war. Am Tage der Uebergabe fand sich Käufer zur Uebernahme des Grundstücks auf demselben nicht ein, weil er zur Armee eingezogen war. Das ObTr. hat angenommen, daß er sich durch einen Bevollmächtigten habe vertreten lassen müssen, und deshalb die später angestellte Klage des B. auf Erfüllung abgewiesen.

Das Rücktrittsrecht, welches durch den Verzug des Käufers begründet, geht dem Verkäufer nur durch ausdrücklichen (schriftlichen) Verzicht verloren; die Erklärung, von ihm Gebrauch

Gründen des Erk. StrA. 70 S. 236 findet sich zwar der Satz: „In Wirklichkeit setzt der § 230 nur voraus, daß dasjenige an Kaufgeld, was kontraktlich bei der Uebergabe baar gezahlt werden sollte, nicht baar gezahlt worden ist." Aber der Zusammenhang der Gründe zeigt, daß in dem damaligen Falle ein anderer Theil der stipulirten Kaufgelder durch Uebernahme von Hypotheken belegt war, daß darin der Nichtigkeits-Richter ohne das Hinzutreten anderer Thatsachen eine Vertragserfüllung nicht gefunden hat, und daß der obige Satz lediglich gegen die Annahme des damaligen App.-Richters gerichtet ist, welcher den § 230 deshalb nicht angewendet hatte, weil durch die bei der Uebergabe zu zahlen gewesenen Theilbeträge nicht der ganze stipulirte Preis erfüllt werde.

In ähnlicher Weise ist in dem Erk. ObTr. 58 S. 79 die Anwendbarkeit des § 230 dadurch nicht für ausgeschlossen erachtet, daß außer dem bei der Uebergabe zu zahlenden Theilpreise ein anderer Theil kreditirt worden ist. Die Nichtanwendbarkeit bei einer schon vorher wirklich erfolgten Theilzahlung ist dagegen auch in den Gründen des Erk. v. 23. März 1868*) ausdrücklich anerkannt worden.

Der entwickelte rechtliche Gesichtspunkt ergiebt, daß der App.-Richter den § 230 a. a. O. durch unrichtige Anwendung verletzt hat, und seine Entscheidung ist nichtig.

Die freie Beurtheilung führt, da ein Fall der berechtigten Aufrufung des Vertrages nicht vorliegt, mithin nur auf Erfüllung geklagt werden kann, zu der Annahme, daß die Anträge des Klägers begründet, diejenigen des Widerklägers unbegründet sind. Der erste, auf Auflassung des Grundstücks vor dem zuständigen Grundbuchrichter gerichtete Klageantrag würde abzuweisen sein, wenn auf Grund des vor Gesetzeskraft des Gesetzes v. 5. Mai 1872 geschlossenen Kaufs auch vor diesem Zeitpunkte das Kaufobjekt übergeben worden wäre. Da dies nicht geschehen ist, Kläger vielmehr nur einen Eigenthumstitel hat, das Eigenthum selbst aber seit 1. Oktober 1872 nur noch durch Auflassung und hinzutretende Eintragung erworben werden kann, § 1 Ges. v. 5. Mai 1872, so ist der Verklagte dem Kläger zufolge § 1 I 11 ALR. vertraglich zur Eigenthumsverschaffung, also auch zu denjenigen Erklärungen verpflichtet, welche unerläßliche Bedingung für den Eigenthumserwerb geworden sind. Nicht minder ist der Verklagte, freilich nur gegen Zahlung von 35,000 Thlrn., zur Uebergabe verpflichtet. Rechtlich unverständlich ist die Anschauung des Letzteren, daß Kläger neben der Auflassung nicht auch die Uebergabe verlangen könne, da die letztere jetzt durch die erstere vertreten werde; die vertragliche Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufvertrag durch Verschaffung des aktuellen Besitzes an den Käufer zu erfüllen, diesem die thatsächliche Möglichkeit der Herrschaft über das Vertragsobjekt zu gewähren, wird durch die neuere Gesetzgebung über den Eigenthumserwerb nicht berührt. Auch geräumt von den Effekten des Verklagten muß dieser dem solches verlangenden Kläger das Grundstück übergeben; es dürfen dem Kläger seine Be-

*) StrA. 70 S. 232.

machen zu wollen, bedarf als Ausübung eines aus dem Gesetz hervorgehenden einseitigen Rechts keiner Form, Nr. 120 Bd. I S. 541 u. StrA. 70 S. 232, sie kann auch stillschweigend, thatsächlich, erfolgen. Ist der Rücktritt erfolgt, so ist der Vertrag mit allen Folgen gelöst; einen Anspr. auf Entschädigung hat der Verkäufer nicht. Vgl. Erk. a. In ObTr. 14 S. 192 hatte A. an B. ein Gut mit der Bestimmung verkauft, daß die Uebergabe binnen 3 Wochen gegen eine Zahlung erfolgen soll, einen Theil des Kaufpreises vorher erhalten. Als B. das Geld zur Anzahlung nicht erhielt, theilte er dem A. dies mit dem Bemerken mit, daß er zurücktrete, und A. verkaufte darauf an C. Als B. demnächst die Anzahlung zurückforderte, exzipirte A., daß B. nur Erfüllung fordern könne, während er selbst berechtigt, zurückzutreten und Schadensersatz zu fordern, den er widerklagend verlangte. Das ObTr. hat auf die Klage verurtheilt, die Widerklage abgewiesen, weil der Rücktritt aus § 230 h. t. keiner Form bedürfe und, wenn er erfolgt, jeden weiteren Anspruch ausschließe. Da Anzahlung erfolgt, war § 230 nach dem, was oben gesagt, nicht anwendbar. An sich wäre daher nach den Grundsätzen in §§ 385 ff. I 5 der Vertrag noch bei Bestand gewesen. Gleichwohl ist die Entscheidung begründet, weil der Verkäufer, nachdem er durch den Weiterverkauf sich thatsächlich außer Stand gesetzt, zu erfüllen, auch im Prozeß wiederholt erklärte, daß er zurücktrete,

nutzungs- und Verfügungsrechte nicht durch äußere Hindernisse verschränkt werden, deren Beseitigung dem Verklagten möglich ist.

Unzweifelhaft ist ferner die Verpflichtung des Verklagten, die angezahlten 5000 Thlr. bis zur Uebergabe zu verzinsen, und zwar abgesehen von den Bestimmungen der §§ 109, 110 I 11 schon auf Grund der betreffenden, in § 2 des Vertrages getroffenen ausdrücklichen Abrede.

In der seitherigen unbegründeten Weigerung des Verklagten, dem Kläger das Grundstück zu übergeben, beruht ferner eine mindestens auf grobem Versehen beruhende Verletzung seiner Vertragspflichten. Zufolge der §§ 285 ff. I 5 ALR. ist daher auch der Antrag des Klägers auf Verurtheilung des Verklagten zur Erstattung des in separato zu ermittelnden Schadens begründet.

Hieraus ergiebt sich von selbst die Hinfälligkeit des ersten Widerklageantrages, dahin gerichtet, des Widerklägers Rücktritt von dem Vertrage für begründet zu erachten. Auch die Nichtberechtigung des weiteren Antrages, den Wiederverklagten zu verurtheilen, in die Löschung der eingetragenen Vormerkung einzuwilligen, ergiebt sich als eine Konsequenz der in conventione auszusprechenden Verurtheilung in Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 8, 70 Ges. v. 5. Mai 1872, nach denen der Prozeßrichter auf den Antrag einer Partei, wenn ihm der zu sichernde Anspruch glaubhaft gemacht wird, bei dem Grundbuchamte zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigenthumsüberganges die Eintragung einer Vormerkung nachsuchen soll. Eine solche Vormerkung ist kein Arrest und bedarf ebensowenig, wie dies bei den auf Grund der §§ 298 ff. Tit. 2 der HypO. einzutragenden Protestationen nothwendig war, der prozessualischen Vorbedingungen eines Arrestes. Sie ist aber ein Surrogat der seitherigen protestatio pro conservando jure und hat ebenso, wie es bei der letzteren der Fall war, gleich einem Arreste eine Beschränkung in der Disposition über das Grundstück zur Folge. Der Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert werden sollte, war durch den in Ausfertigung übergebenen Vertrag hinreichend glaubhaft gemacht, und ist die Eintragung mit Recht von dem Prozeßrichter bei dem Grundbuchrichter nachgesucht worden. Die Wiederklage auf Löschung war aber abzuweisen, weil der Anspruch selbst für begründet erachtet worden ist. Unter Abänderung des ersten Erkenntnisses ist daher Verklagter in conventione verurtheilt und in reconventione abgewiesen worden. Einer Justifikation der Vormerkung bedurfte es nicht, weil es sich, wie gezeigt worden ist, um keinen Arrest handelt.

Gründe: c. Die Entscheidung hängt nur von der Frage ab, ob der Verklagte auf Grund des § 230 I 11 ALR. berechtigt ist, von dem Kaufvertrage zurückzutreten. Unerheblich ist für dieselbe die Behauptung des Klägers, daß er am 6. März 1875 dem Verklagten die Zahlung des Kaufgeldes angeboten habe; denn, wenn der letztere durch die schuldbare Versäumniß des Klägers das Recht zum Rücktritte vom Vertrage einmal erworben hatte und davon Gebrauch machen wollte, so war er nicht

---

nicht gleichzeitig Vertragserfüllung durch Ersatz des Interesse fordern und die Anzahlung behalten durfte.

Bezüglich der Aufhebung wegen laesio en. weicht das ALR. vom Röm. R. in doppelter Beziehung ab, insofern es das Rechtsmittel dem Käufer, nicht dem Verkäufer, giebt, und es auf die Präsumtion eines Irrthums basirt, von welchem bei der l. e. des R. R. nicht die Rede. Der Irrthum wird gefolgert aus der Differenz zwischen Werth und Preis; zu denken ist der Irrthum als Irrthum über den Gegenstand, der als Erfüllung angenommen, während er keine Erfüllung. Dabei ist es aber natürlich gleichgiltig, woraus der Irrthum entstanden. In StrA. 36 S. 221 hatte A. an B. einen Baum als Hammerwelle verkauft und B. das Geschäft wegen laesio en. angefochten, weil der Baum keine Hammerwelle und deshalb weniger als die Hälfte des Preises werth. Der 2. Richter wies ab, weil der Irrthum nur eine vorausgesetzte Eigenschaft des Baums betroffen, § 77 I 4, während bei der l. e. ein Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts oder im Hauptgegenstande angenommen werde. Dies war offenbar falsch argumentirt, § 59 h. t., §§ 75 ff. I 4. Es kommt lediglich auf die Differenz zwischen dem durch Sachverständige festzustellenden Werthe und dem Preise an, nicht worauf die Differenz beruht. Beruht die Differenz auf einem Um-

verpflichtet, die ihm nachträglich angebotene Zahlung des Kaufgeldes anzunehmen und damit das einmal erlangte Recht wieder aufzugeben.

Mit Recht führt der App.-Richter aus, daß dieses, den sonstigen allgemeinen Grundsätzen nicht konforme Rücktrittsrecht als eine Folge des Verzuges des Käufers anzusehen sei, und untersucht deshalb, ob sich der Käufer in der That im Verzuge befunden habe. Er verneint dieses, weil ein Verzug auf Seiten des Klägers erst mit dem Momente hätte eintreten können, wo der Verklagte vor dem Grundbuchrichter erschienen und zur Auflassung bereit gewesen, Kläger aber ausgeblieben wäre oder nicht Zahlung geleistet habe; der Verklagte habe zwar behauptet, er sei vor dem Grundbuchamte behufs Abgabe der Auflassungserklärung mehrfach erschienen, habe aber den Kläger niemals daselbst angetroffen; diese Behauptung sei jedoch theils zu allgemein gehalten, theils beweislos gelassen. Mag auch der Kläger diesen Mangel dadurch gehoben haben, daß er Beweis darüber angetreten hat, daß er sich am Michaelistage 1874 zu dem erwähnten Zwecke auf dem Grundbuchamte eingefunden habe, so mußte doch, ohne ein Eingehen auf die Beweiserhebung, die Bestätigung des vorigen Urtels erfolgen.

Nach Inhalt des geschlossenen Vertrages sollte die Uebergabe zu Michaelis 1874 und mußte die Zahlung des Kaufgeldes Zug um Zug gegen die Uebergabe erfolgen. Es ist zwar richtig, daß demgemäß der Verklagte, um den Kläger in Verzug zu setzen und das Rücktrittsrecht aus dem § 230 a. a. O. zu erwerben, nicht verpflichtet war, dem Kläger die Uebergabe besonders anzubieten, es ist im Gegentheile bereits in StrA. 90 S. 367 ausgeführt, daß es Sache des Käufers sei, sich innerhalb der vertragsmäßig für die Uebergabe bestimmten Frist zu dem Verkäufer zu begeben und dort, unter Anbietung des Kaufpreises, die Uebergabe zu verlangen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die rechtliche Lage durch die neuere, zwischen dem Vertragsabschlusse und der vereinbarten Zeit der Erfüllung liegende Gesetzgebung verändert ist. Nach dem mit dem 1. Okt. 1872 in Kraft getretenen Ges. v. 5. Mai 1872 kann der Eigenthumserwerb an Grundstücken nunmehr nicht ferner durch die Uebergabe, sondern nur noch durch die Auflassung bewirkt werden. Der Verklagte war auf Grund des geschlossenen Vertrages unzweifelhaft nunmehr auch zu dieser Auflassung verpflichtet und konnte die Zahlung des Kaufgeldes erst Zug um Zug gegen die Auflassung fordern. Diese Auflassung kann aber nicht da, wo der Verkäufer sich aufhält, § 27 I 16 ALR. und ebensowenig in dem aufzulassenden Grundstücke, § 247 I 5 ALR., sondern nur vor dem Grundbuchamte erfolgen. Es kann also nicht mehr davon die Rede sein, daß der Verkäufer, auch wenn er, wie vorliegend anzunehmen, sich in dem verkauften Grundstücke aufhält, daselbst die Ankunft des Käufers, die Anbietung des Kaufgeldes und das Verlangen der Uebergabe erwarten dürfe; er muß vielmehr auch seinerseits die nöthigen Schritte zur Vertragserfüllung, nämlich zur Auflassung vor dem Grundbuchamte thun.

---

stande, den der Käufer gekannt, so kann dadurch die Annahme des Irrthums beseitigt werden, § 60 h. t.; in dem Erk. d. wird dies anscheinend auch da angenommen, wo der Käufer durch grobes oder mäßiges Versehen in diesen Irrthum gerathen, § 82 I 4. Mit der Gewährleistung hat die l. c. an sich nichts zu thun; analog derselben wird vorausgesetzt, daß die Differenz zwischen Werth und Preis zur Zeit des Kaufs bereits bestanden und daß Käufer, wie bei der redhib., zur Rückgabe im Stande, § 67. Nur für zufällige Verschlechterungen soll er nach § 251 nicht haften. Nach Anstellung der Klage wird der Zufall aber auch hier den Verkäufer treffen. Daß bei Feststellung des Werths eines Grundstücks ein auf demselben haftendes Ausgedinge nicht vom Werthe abzuziehen, sondern dem Kaufpreise zuzurechnen, versteht sich von selbst, StrA. 63 S. 179, da ein Ausgedinge, welches einmal in Wegfall kommen muß, zwar den zeitigen Ertrag, aber nicht den Werth schmälern kann.

Die Rescission ex l. c. wirkt, wie sich aus §§ 60, 254 ff. h. t. ergiebt, ex nunc, nicht ex tunc. (Auch nach gem. R. berührt die Rescission durch den Verkäufer die vom Käufer der Sache auferlegten Lasten, Hypotheken, nicht, ObTr. 9 S. 426.) Deshalb hat der Verkäufer die rückständigen Zinsen des Kaufpreises bis zur Rückgabe der Sache zu fordern, StrA. 80 S. 260.

Der § 3 des angezogenen Ges. schreibt vor, daß die Auflassung von dem Veräußerer und Erwerber gleichzeitig vor dem Grundbuchamte erklärt werden muß. Mag man auch annehmen, daß nach der Fassung des § 2 des Vertrages: „die Uebergabe erfolgt zu Michaelis 1874", die Kontrahenten nicht blos haben bestimmen wollen, daß um jene Zeit ein bestimmter Tag nebst Stunde für die Uebergabe weiter vereinbart werden solle, sondern daß der Michaelistag, also der 29. Sept. 1874, schon der festbestimmte Tag der Uebergabe habe sein sollen; mag man ferner annehmen, daß nunmehr an diesem Tage, und falls an demselben das Grundbuchamt den Interessenten etwa nicht möchte zugänglich gewesen sein, an dem nächsten Geschäftstage des Grundbuchamtes die Auflassungserklärung habe erfolgen müssen, so setzt doch immer das nothwendige gleichzeitige Erscheinen beider Parteien auf dem Grundbuchamte ein vorheriges Benehmen derselben, eine Verabredung über die Zeit, über die Stunde des Erscheinens daselbst, voraus. Es genügte demnach nicht, daß der Verklagte, wie er jetzt behauptet, am Michaelistage 1874 selbst sich, zwecks Auflassungserklärung, zu einer beliebigen Stunde auf das Grundbuchamt begeben hat, ohne den Kläger dort zu treffen; denn dieser kann nicht für verpflichtet erachtet werden, während jenes ganzen Tages, mindestens während der Geschäftsstunden, sich auf dem Grundbuchamte aufzuhalten, um zu erwarten, ob es vielleicht dem Verklagten gefallen werde, sich dort einzufinden. Wollte der Verklagte den Kläger in Verzug setzen, so mußte er ihn von dem Tage und der Stunde, in welcher er auf dem Grundbuchamte ihm aufzulassen beabsichtige, zuvor in Kenntniß setzen. Erst wenn dieser Aufforderung ungeachtet der Kläger nicht erschien, oder zwar erschien, aber nicht Zug um Zug das Kaufgeld zahlte, konnten ihn die Folgen des Verzuges treffen, konnte namentlich der Verklagte auf Grund des § 230 I 11 den Vertrag aufheben. Es kann aber endlich nicht angenommen werden, daß es Sache des Käufers sei, dem Verkäufer die Zeit der Auflassung vor dem Grundbuchamte zu bestimmen, oder diesen zu einer Festsetzung der Zeit aufzufordern; denn der Kaufvertrag begründet gegenseitige Rechte und Verpflichtungen und giebt nicht dem einen Kontrahenten größere Rechte, als dem anderen. Wer von beiden Kontrahenten den anderen in Verzug der Erfüllung setzen will, muß denselben zum Erscheinen auf dem Grundbuchamte zu einer bestimmten Stunde auffordern, resp. ihn zur Festsetzung dieser Stunde veranlassen. Dies hat der Verklagte nicht gethan, wenigstens nicht behauptet; er hat deshalb die Befugniß zur Aufhebung des Vertrages aus § 230 a. a. O. nicht erworben.

Gründe: d. Der App.-Richter hat die Klage abgewiesen, weil in dem Vertrage die Gewährleistung für Fehler des Pferdes ausgeschlossen ist. Hierüber führt der Kläger mit Recht Beschwerde.

Nach § 65 I 11 ALR. kann sich der Käufer des Einwandes, mithin auch des Klagegrundes der Verletzung über die Hälfte nicht bedienen, wenn er demselben ausdrücklich entsagt hat. Nun scheint zwar die Ansicht: daß, wer der Gewährleistung auf alle Fehler der verkauften Sache entsagt hat, einen Fehler derselben auch dann nicht rügen dürfe, wenn dieser Fehler den Werth der Sache bis unter die Hälfte des Kaufpreises herabsetzt, allerdings das für sich zu haben, daß hierbei unter allen Fehlern auch solche zu verstehen sein möchten, welche die denkbar größte Werthsverminderung der Sache herbeiführen. Dieser Erwägung tritt jedoch zunächst entgegen, daß es nicht an erheblichen Gründen der Zweckmäßigkeit fehlt, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben können, die Wirksamkeit der nach § 348 I 5 ALR. bei

---

Beseitigt wird das Recht ex l. en. durch Verzicht, § 65 h. t., und durch Verjährung; der Verzicht soll ausdrücklich sein; Verzicht auf Gewährleistung, § 348 I 5, ist nicht identisch mit diesem Verzicht. Erk. d. und StrA. 36 S. 221 oben, wo der Käufer beim Kauf des Baums als Hammerwelle auf Gewährl. verzichtet hatte. Daß bei der l. en. auch die Einrede in der Frist des § 343 I 5 verjährt, darauf ist bereits unt. Nr. 116 Bd. I S. 521 hingewiesen; es folgt dies nothwendig daraus, daß bei der Rescission, welche die l. en. erreichen will, von Geltendmachung durch Retention oder comp. nicht die Rede sein kann, StrA. 34 S. 217.

Verträgen überhaupt zulässigen Entsagung auf die Gewährleistung, beim Kaufvertrage auf ein bestimmtes Maß zu beschränken, diese Wirksamkeit also namentlich für den Fall auszuschließen, wenn der Werth der erkauften Sache durch ihre Fehler bis unter die Hälfte des dafür bedungenen Kaufpreises herabgesetzt ist und der Käufer nicht noch ausdrücklich erklärt hat, auch für diesen letzteren Fall beim Vertrage stehen bleiben zu wollen. Hierzu kommt, daß beiderlei Arten der Entsagung in der That nicht von gleichem Umfange und Gegenstande sind, indem, wer dem Einwande der Verletzung über die Hälfte entsagt, sein gesetzliches Recht auf Gewährleistung nicht verliert, andererseits aber die Befugniß aufgiebt, für den Fall, wenn der Werth der Sache nicht einmal die Hälfte des Kaufpreises erreichen sollte, ohne Weiteres die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, — wogegen, wer nur auf Gewährleistung verzichtet, zunächst nur auf das Recht, die Beseitigung etwaiger Fehler zu verlangen, und nur für den Fall, wenn der Geber der Sache deren Fehler nicht beseitigen kann, auf die Befugniß verzichtet, vom Vertrage zurückzutreten, oder, falls er die Sache nicht zurückgeben kann, Minderung des Kaufpreises zu verlangen. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, den Verzicht auf die Gewährleistung der Entsagung auf den Einwand oder den Klagegrund der Verletzung über die Hälfte gleichzustellen. Der App.-Richter hat mithin durch diese Gleichstellung den § 65 I 11 verletzt, und seine hierauf gegründete Entscheidung unterliegt der Vernichtung.

In der Hauptsache ist durch das Gutachten der in erster Instanz vernommenen Sachverständigen festgestellt, daß das in Rede stehende Pferd zur Zeit der Uebergabe, wenn es damals schon lahm gewesen, nur 25—30 Rthlr., also noch nicht die Hälfte des auf $97\frac{1}{2}$ Rthlr. bedungenen Kaufpreises werth gewesen ist. Nicht minder ist durch das Gutachten und die Aussagen der Zeugen für erwiesen zu achten, daß das Pferd schon am Tage der Uebergabe lahm gewesen ist; denn diejenigen Zeugen, welche den Fehler nicht wahrgenommen haben, bekunden größtentheils von der Zeit vor der Uebergabe; und wenn ein Zeuge die Lahmheit des Pferdes auch am Tage der Uebergabe, und andere Zeugen noch nach diesem Tage nicht wahrgenommen haben, so führt dies, jenen bestimmten Zeugnissen gegenüber, nur zu der Annahme, daß der Fehler nicht zu allen Zeiten und nicht bei allen Verrichtungen des Pferdes erkennbar gewesen ist. — Dem Kläger steht sonach gemäß § 59 I 11 die Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums zur Seite, welcher ihn, da diese Vermuthung durch andere Umstände nicht behoben ist, gemäß § 60 daselbst zur Aufhebung des Vertrages berechtigt. Daß dem Kläger die Lahmheit des Pferdes schon bei der Uebernahme nicht ohne eigenes grobes oder mäßiges Versehen hätte unbekannt bleiben können, ist nicht anzunehmen, weil theils nicht erhellet, daß er persönlich das Pferd übernommen habe, theils aber auch von einem Zeugen bekundet wird, daß auch ihm die Lahmheit des Pferdes selbst bei genauer Besichtigung desselben entgangen ist. Bei Prüfung der Nicht.Beschw. ist endlich gezeigt, daß dem Klagegrunde der Verletzung über die Hälfte der Verzicht auf die Gewährleistung für etwaige Fehler des Pferdes nicht entgegensteht. Der Kläger kann daher gemäß § 250 a. a. O. die Rücknahme des Pferdes gegen Erstattung des darauf gezahlten Angeldes, sowie nach allg. Grundsätzen die Vergütung des ihm durch die verspätete Rücknahme etwa entstandenen Schadens fordern.

Darüber, daß die l. en. auch gegen die Klage auf Abschließung förml. Vertr. zulässig, vgl. StrA. 89 S. 313, Erk. b. Nr. 85 Bd. I S. 334. Ausdrücklich ausgeschlossen ist die l. en. in HGB. Art. 28 S. 277; §§ 48, 343, 375, 486, 876, 926 h. t.; § 439 I 16 (vgl. §§ 111, 112 I 17); § 52 BergGes. In StrA. 38 S. 317 ist sie danach z. B. nicht zugelassen gegen die Klage auf Zahlung eines Proxenetikums für Verkauf eines Grundstücks; in solchem Falle folgt die Unzulässigkeit schon daraus, daß die Handlung nicht ungeschehen gemacht werden kann.

Ueber die Unzulässigkeit bei Pacht und Miethe vgl. zu I 21 § 263: Präj. 2227; ObTr. 48 S. 171 (StrA. 45 S. 354), StrA. 72 S. 129.

Nr. 201. §§ 257, 258—265, 266—271, 272—294, 296—330, 331, 332. Kauf. Bedingungen. Nebenverträge. lex commissoria. pactum reservati dominii. pact. displicentiae. in diem addictio. (Vorbehalt des Eigenthums, des besseren Käufers. Reukauf.) Wiederkauf.*)

a. Erk. v. 25. Febr. 1869; StrA. 74 S. 48.
b. Erk. v. 21. Nov. 1864; StrA. 55 S. 294.
c. Erk. v. 19. Mai 1873; StrA. 90 S. 185.
d. Erk. v. 3. Juli 1860; StrA. 37 S. 321.

Im Falle a. hatte A. aus der Möbelhandlung des B. Möbel für einen bestimmten Preis mit der schriftlichen Abrede entnommen, dass sie erst dann sein Eigenthum werden sollten, wenn sie bezahlt. Es wurde nichts bezahlt, dagegen über das Vermögen des A. der Konkurs eröffnet, in welchem B. die Möbel vindizirte. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen. — Im Falle b. hatte A. sein Grundstück durch Vertr. v. 15. Juli 1859 an B. unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechts verkauft. Im Januar 1862 brannte das auf dem Grundstück stehende Haus ab, welches schon vor dem Vertr. v. 15. Juli 1859 gegen Feuersgefahr versichert war. Im April 1862 klagte A. unter Ausübung des Wiederkaufsrechts gegen B. auf Herausgabe des Grundstücks gegen Zahlung der Wiederkaufssumme, zugleich aber auch auf Einwilligung in die Auszahlung der Feuerversicherungssumme an ihn, wogegen B. widerklagend Herausgabe der Police an ihn verlangte. Das ObTr. hat den Anspruch des A. auf die Feuerversicherungsgelder abgewiesen. — Im Falle c. hatte A. sein Grundstück an B. unter Vorbehalt des Wiederkaufs bis 1. Okt. 1871 verkauft, vor Ablauf der Frist dem B. angezeigt, dass er von seinem Rechte Gebrauch machen, die Bedingungen des Wiederkaufs erfüllen wolle, und sich am 30. Sept. 1871 mit B. auf das Gericht behufs Abschluss des Wiederkaufvertrages begeben. Beide waren vom Richter auf den 4. Okt. wieder bestellt, weil er beschäftigt. B. weigerte dann den Abschluss und setzte der Klage des A. entgegen, dass derselbe das Recht nicht in der bestimmten Frist durch Zahlung der Wiederkaufssumme gehörig ausgeübt. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen verurtheilt. — Im Falle d. hatte A. an B. Waaren für einen bestimmten Preis mit 6 Monat Ziel verkauft, B. sich dabei aber das Recht vorbehalten, zur Disposition zu stellen, was ihm von der Waare nicht gefiele. B. that dies, wurde aber trotzdem auf Zahlung belangt. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen.

Gründe: a. Der § 266 I 11 ALR. entscheidet eine gemeinr. Kontroverse, indem er der früher lebhaft vertheidigten Ansicht beitritt, daß der gedachte Vorbehalt eine auflösende Bedingung enthält, während in neuerer Zeit die Meinung, daß das pactum reservati dominii die Wirkung einer aufschiebenden Bedingung hat, sich größere Geltung verschaffte. Auch nach Gem. R. wird es für statthaft gehalten, eine Verabredung zu treffen, wonach die Tradition in Folge des Kaufs nicht das Eigenthum übertragen soll, bis nicht dem Verkäufer wegen des (kreditirten) Kaufpreises genug gethan ist. Desgleichen kann selbst bei der Anwendbarkeit des ALR. ungeachtet des § 266 sehr wohl zwischen den Parteien stipulirt

---

*) Vgl. Windscheid 1 § $172_{17, 18}$ (pact. res. dom.), 2 §§ 323, 387, 388 Nr. 1; Dernburg 2 § 152; Förster (Eccius) 2 § 126; Goldschmidt, Handelsr. 1 S. 846_{29}. Thorsch, üb. das pact. res. dom., Straßburg 1875. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 26. — Ueber den Begr. der Bedingung vgl. Nr. 65 ff. Bd. I S. 257, und über die Beweislast bei Bedingung Nr. 69 Bd. I S. 270. Die Bedingung betrifft (suspendirend oder resolvirend)

werden, daß der Eigenthums=Uebergang betreffs der gelieferten oder verkauften Sache von einer Suspensivbedingung abhängen soll.

Allerdings wird gemäß § 263 eine beigefügte Bedingung im zweifelhaften Falle für auflösend geachtet, wenn der Verkäufer, ehe sie noch erfüllt ist, die Sache dem Käufer übergeben hat. Indeß bezieht sich dieses nicht auf ausdrückliche und klare Vereinbarungen wegen einer Suspensivbedingung.

Im Uebrigen bestimmen die §§ 258 und 259 a. a. O., daß ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Kauf nicht eher zur Wirklichkeit gelangt, als bis die Bedingung eintritt, und daß, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer schon vorher übergeben hat, Letzterer, sobald nicht ein Anderes verabredet worden, dennoch nur als Verwalter einer fremden Sache anzusehen ist. In gleichem Maße entscheidet bei Handelsgeschäften der konkrete Wille der Paciscenten darüber, ob die übergebene Sache definitiv veräußert sein soll oder nicht, und die Einräumung des körperlichen Besitzes empfängt ihre rechtswirkende Bedeutung durch die Art des Vertragsabschlusses, welche die Hingabe der Sache veranlaßte. Danach kommt es in jedem speziellen Falle auf die Modalitäten des Vertrages wesentlich an.

Nun ist es zwar zur Anwendbarkeit des § 266 a. a. O. nicht nothwendig, daß die Worte des Gesetzes im Vertrage wiedergegeben sein müßten, vielmehr genügt eine Erklärung, aus welcher erhellet, daß der Verkäufer sich die Auflösung des Vertrages für den Fall der an dem bestimmten Tage nicht erfolgenden Zahlung der Kaufgelder vorbehalten hat, StrA. 28 S. 27.

Anders verhält sich die Sache aber, sobald, wie im vorliegenden Falle, nicht die Aufhebung des Kauf= oder Lieferungsvertrages von der Nichtzahlung des Kaufpreises abhängig gemacht, sondern ausdrücklich festgesetzt wird, daß der Empfänger erst dann das Eigenthum der bestellten Sachen erwirbt, wenn der Preis derselben bezahlt ist. Denn auf diese Weise kann das Eigenthum der Sache von dem Kontrahenten, welchem sie überliefert wurde, überhaupt erst verlangt werden, wenn und von dem Zeitpunkte ab, wo er den Preis vollständig berichtigt hat. Daraus,

---

den Bestand des Vertrages, der Nebenvertrag modifizirt die obligatorischen Wirkungen des Vertrages, wobei sorgsam zwischen Nebenvertrag und Nebenabrede im Sinne §§ 127 ff. I 5 zu scheiden. Vgl. ObTr. 46 S. 27 (StrA. 43 S. 10), Erk. c. Nr. 86 Bd. I S. 339. So wenig Bedingung vorliegt, wo stipulirt, daß die Zahlung des Preises bei der Besitztitelberichtigung oder Abschreibung der verkauften Parzelle erfolgen soll, sondern nur Zeitbestimmung über Erfüllung, die mit der Bedingung nichts zu schaffen hat, StrA. 2 S. 266, so wenig lag Bedingung, sondern Nebenvertrag in dem unt. Nr. 195 mitgetheilten Falle OHG. 11 S. 437 in der Bestimmung, daß falls dem B. das eingetauschte Pferd des A. nicht gefalle, A. es zurückzunehmen und ihm ein anderes passendes zu geben verpflichtet. Tausch auf Probe lag hier nicht vor, weil von dem Gefallen des B. der Bestand des Tausches selbst nicht abhängig gemacht war, das Geschäft vielmehr bestehen blieb. Vgl. Nr. 203. Wirklicher Nebenvertrag ist auch die lex commissoria, die in diem add., der Reukauf, Wiederkauf, das s. g. pact. res. dom.

Das im Erk. a. behandelte p. res. dom., §§ 266 ff., kann lex comm. sein, obwohl das ALR. es in dieser Gestalt nicht behandelt, wenn der Verkäufer bei Nichtzahlung berechtigt, den Kauf aufzulösen. Ueber gem. R. und die Kontroverse l. 4 § 1; l. 6 D. 18, 3 vgl. ObTr. 72 S. 318 Präj. 2973. (Die Anzahlung geht dem Käufer bei Auflösung in Folge der l. comm. nicht verloren.) Es kann Nebenvertrag in dem Sinne sein, daß nicht der Vertrag, sondern nur der Eigenthumsübergang suspensiv oder resolutiv von der Zahlung abhängig gemacht, ohne daß der Vertrag selbst berührt. Im Sinne der blos suspensiven oder resolutiven Wirkung auf den Eigenthumsübergang zur Sicherung des Verkäufers handelt davon in einem gemeinrechtl. Falle RG. 7 S. 148, wo ausgeführt, daß in solchem Falle der vindizirende Verkäufer nicht zur Rückzahlung des etwa erhaltenen Theiles des Kaufpreises durch die Erhebung der vindic. allein verpflichtet. Das ALR. behandelt auch diesen Fall nicht, sondern nur den des resolvirend für das ganze Geschäft gedachten Eigenthumsvorbehalts. Mit Rücksicht auf § 263 wird die resolvirende Natur des Nebenvertrages als das regelmäßige gedacht. Daß daneben aber das p. r. dom. auch nach ALR. im Sinne des suspensiven Eigenthumsvorbehalts nicht ausgeschlossen, ist im Erk. a. näher dargelegt. Ob suspensiver oder resolvirender Vorbehalt vorliegt, ist nach dem konkret zu interpretirenden Willen der

daß Klägerin dem Kridar die fraglichen, von ihm, für sein Lokal bestellten Gegenstände verabfolgte, geht zunächst nur hervor, daß derselbe die Befugniß erhielt, sie in diesem Lokale zu benutzen. Nach der ausdrücklich getroffenen Verabredung sollten die gedachten Sachen aber erst Eigenthum des Kridars werden, wenn sie bezahlt wären. Das Eigenthum wäre mithin auf den Kridar nur durch Erfüllung dieser Suspensivbedingung übergegangen, und da der Kridar sie nicht erfüllt, vielmehr auf den Preis der Möbel nichts gezahlt hat, so erlangte er auch nicht das Eigenthum an denselben.

Der Kridar hat sonach das Eigenthum der noch streitigen Gegenstände niemals erlangt, Klägerin es nicht verloren und sie ist berechtigt, letztere zu vindiziren.

Gründe: b. Das Recht des Klägers auf die Versicherungsgelder für das abgebrannte Haus findet der App.-Richter in dem Vertrage v. 15. Juli 1859 begründet, weil dieser dem Verklagten ein Eigenthum nur unter einer Resolutiv-Bedingung eingeräumt habe. Er hat hiermit keine bis dahin nicht erwähnte Thatsache: daß der Vertrag eine besondere Resolutiv-Bedingung enthalte, welche eingetreten sei, festsetzen wollen, wie denn auch der Vertrag eine solche nicht enthält, vielmehr unzweifelhaft die Bestimmung des Vertrages über das dem Kläger vorbehaltene Wiederkaufsrecht im Auge gehabt, prozessualisch also nicht verstoßen, aber die Natur und den wesentlichen Charakter eines stipulirten Wiederkaufsrechts verkannt, indem er darin eine Resolutiv-Bedingung des Kaufvertrages, § 114 I 4 ALR., findet.

Die Stipulation des Wiederkaufsrechts läßt keineswegs, wenn von derselben Gebrauch gemacht wird, die Wirkung des Kaufvertrages wieder aufhören, sondern giebt dem Verkäufer das Recht auf ein neues obligatorisches Verhältniß, nämlich darauf, daß der Käufer ihm dieselbe Sache wieder für den im Voraus verabredeten

---

Kontrahenten zu entscheiden, StrA. 73 S. 254; auch RG. 9 S. 169 für gem. R. In letzterem Falle ist aber für gem. R., und dies gilt gleichmäß. auch für Preuß. R., darauf hingewiesen, daß die suspendirende Wirkung zwar nicht fortfällt, wenn die gekaufte Sache zur Pertinenz einer andern verkauft wird, wohl aber, wenn sie durch Verbindung mit einer anderen, für welche sie verkauft wird, die selbstständige Existenz verliert, integrirender Theil einer anderen Sache wird. Dann tritt nothwendig der Eigenthumsübergang trotz der suspendirenden Abrede ein, weil entweder das Verabredete nicht wirklich gewollt oder das Gewollte nicht möglich. In dem entschiedenen Falle handelte es sich um Verkauf von Maschinen für eine Fabrik; ob die Einfügung die selbstständige Existenz aufhebt oder nicht, ist konkret zu prüfen; die bloße Einfügung, Verbindung, Befestigung mit Möglichkeit der Trennung ohne wesentliche Zerstörung hindert den Eigenthumsvorbehalt jedenfalls nicht.

Wie das Erk. a. entscheidet ObTr. 83 S. 23 in einem ganz gleichen Falle, in welchem der Möbelhändler in Folge vorbehaltenen Eigenthums gegen das von dem Hauswirth des Käufers geltend gemachte Pfandrecht durchdrang, vgl. zu I 21 § 395, — und ObTr. 56 S. 97 (StrA. 62 S. 262). In diesem Falle hatte A. eine für ihn eingetragene Hyp. von B. cedirt, in der Urkunde über die Valuta quittirt, das Dokument aber behalten, B. an C. weitercedirt. In der Subhastation des Grundstücks nahmen A. und C. bei der Kaufgelderbelegung den Erlös in Anspruch, A. mit der Behauptung, daß bei der Cession ausdrücklich mündlich verabredet, das Eigenthum der Hypothek soll auf B., dem nur in Erwartung der Zahlung über die Valuta quittirt, vor der Zahlung nicht übergehen und daß C. dies gewußt. Das ObTr. hat dies gegen den 2. Richter für erheblich erachtet, weil die §§ 266, 269 h. t. den Eigenthumsübergang bezw. die Uebergabe zum Zwecke derselben voraussetzen. In StrA. 73 S. 254 hatte A. bei B. einen Spiritusapparat bestellt, der bis zu einem bestimmten Tage aufgestellt und in bestimmten Raten vor und nachher bezahlt werden sollte. In dem Vertrage war stipulirt, daß B. bis zur Bezahlung Eigenthümer des Apparats bleiben solle. Bei der Subhastation des Guts, in dessen Brennerei der Apparat aufgestellt, wurde derselbe trotz Protestes des B. zugeschlagen, B. drang aber dann gegen die widersprechenden Hypothekengläubiger mit dem Anspruch auf den entsprechenden Theil der Kaufgelder durch, weil A. nicht Eigenthümer geworden, die Hypothekengläubiger kein Recht erlangt, § 266 Eigenthumsübergang voraussetze, die §§ 266 ff. h. t. auf Werkverbindung überdies nicht anwendbar.

Wiederkaufspreis oder den vorigen Preis verkaufe. Die Stipulation des Wiederkaufs ist ein eigener Nebenvertrag, nicht eine auflösende Bedingung des Kaufvertrages.

Das diesen rechtlichen Charakter derselben verkennende App.-Erkenntniß muß daher, soweit es die Entscheidung über die Versicherungsgelder betrifft, vernichtet werden.

Der Kläger hat in der Klage nicht behauptet, daß er vorher seinen Willen, das Wiederkaufsrecht auszuüben, dem Verklagten erklärt und ihm die baare Zahlung der Wiederkaufssumme angeboten habe. Schon vorher war aber der Brandschaden am Hause entstanden und damit der Anspruch auf die Feuerversicherungsgelder an die Feuerversicherungs-Gesellschaft erwachsen. Dieser war ein rein persönlicher Anspruch des Verklagten als damaligen Eigenthümers des zum Theil abgebrannten Hauses. Ein Zubehör oder einen Zuwachs des Grundstückes bildet diese Geldforderung nicht. Da nun, nach § 298 I 11 ALR., der Kläger bei Ausübung des Wiederkaufsrechts die demselben unterworfenen Grundstücke in dem Stande annehmen muß, in welchem sie sich zur Zeit, da er sein Recht ausüben will, befinden, so hat er auf die Versicherungsgelder keinen Anspruch, muß dieselben vielmehr dem Verklagten überlassen und die Versicherungspolice dem Verklagten, auf welchen unbestritten die Versicherung nach dem Vertrage v. 15. Juli 1859 übergegangen ist, herausgeben.

Gründe: c. Gegen den § 314 I 11 ALR., der den Verlust des auf eine bestimmte Zeit beschränkten Wiederkaufsrechts an den Ablauf dieser Zeit knüpft, hat der App.-Richter allerdings verstoßen. Nach der von ihm in Bezug genommenen Sachdarstellung des ersten Richters sollte den Klägern das Wiederkaufsrecht für denselben Kaufpreis freistehen bis zum 1. Okt. 1871, jedoch auf Kosten der Verkäufer. Der App.-Richter nimmt an, daß Kläger diese Frist deshalb nicht innegehalten haben, weil nicht der Wiederkaufsvertrag innerhalb derselben zum Abschluß ge-

---

Wo der Fall des § 266 wirklich vorliegt, kommt es natürlich darauf nicht an, daß gerade die Worte des § 266 gebraucht. In StrA. 28 S. 27 war stipulirt 1. Zahlung des Preises zu bestimmtem Termin; 2. daß bis zur Zahlung der Verkäufer sich das Eigenthum vorbehalte. Der 2. Richter nahm wunderlicher Weise an, daß ausdrücklich habe stipulirt sein müssen, der Verkäufer behalte sich das Eigenthum vor, wenn nicht bezahlt. Das ObTr. hat vernichtet. Bei beweglichen Sachen soll nach §§ 268, 269 Vorbehalt ohne Termin keine Wirkung haben. Davon ist in StrA. 55 S. 105 Gebrauch gemacht, weil Vorbehalt bei Nichtzahlung an einem bestimmten Tage oder einige Tage später nicht für genügend erachtet. Daß die Resolvirung nicht Eigenthum, sondern nur den Anspruch aus dem Vertr. auch Rückübertragung schafft, folgt aus § 262 h. t.

Bei Immobilien sollte nach § 268 h. t. der Vorbehalt ohne bestimmten Termin Titel zu Hypothek für das Kaufgeld geben; bei Vorbehalt mit bestimmtem Termin mußte der Vorbehalt zur Wirkung gegen Dritte eingetragen werden. Nach StrA. 84 S. 13 sollte diese Eintragung nicht als Hyp. für die Kaufgelder wirken und bei Subhastation das Grundstück ohne die Beschränkung aus der Resolutivbedingung auf den Ersteher übergehen, wenn das Recht aus der Bedingung nicht in der Subh. geltend gemacht; wohl aber sollte der Vorbehalt gegen nacheingetragene Hypothekengläubiger wirken. Nach § 26 des EigenthGes. giebt der Vorbehalt jetzt ohne Unterschied zwischen beiden Fällen nur Titel zur Hypothek.

Ein wahrer Nebenvertrag, weder Bedingung, noch Nebenabrede (sondern Essentiale, vgl. ObTr. 46 S. 28 (StrA. 43 S. 10) Erk. c. Nr. 86 Bd. I S. 339), ist der Wiederkauf, der nach § 381 h. t. unbedenklich auch bei Cession von Forderungen denkbar ist, StrA. 8 S. 345. Der Nebenvertrag begründet die obligatorische Verpflichtung des Käufers, wiederzuverkaufen, pact. de retrovendendo, bez. des Verkäufers, wiederzukaufen, pact. de retroemendo, §§ 296, 327, 328 h. t. Erk. b. Er begründet kein dingl. R., aber ein Recht zur Sache, für welches wie für jedes andere R. zur Sache, § 124 I 2, die §§ 21 ff., 25 I 10 gelten. Die Folge ist, daß bei bewegl. Sachen nur mala fides des Dritten, bei unbewegl. Sachen Eintragung oder mala fides den Wiederkaufsberechtigten gegen Dritte schützt, §§ 264, 265, 311 h. t, § 11 des EigenthGes., § 11 GrundbO., ObTr. 42 S. 70 (39 S. 150), und daß der Berechtigte die Eintragung fordern kann, ObTr. 75 S. 36; §§ 11, 12 EigenthGes.;

kommen, und Kläger mit der Behauptung, daß Verklagter in die Hinausschiebung der Vertrags-Errichtung auf den 4. Okt. 1871 sich einverstanden erklärt, beweisfällig geworden sind. Damit erachtet er das Zustandekommen des Vertrages selbst für dasjenige Moment, welches für die Frage, ob die zur Ausübung des Wiederkaufsrechts vorbehaltene Frist innegehalten worden, entscheidend ist.

Es liegt in der Natur der Sache und ist auch in wiederholten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes z. B. ObTr. 26 S. 56*) ausgeführt worden, daß, wenn die Ausübung des Rechts bei Verlust desselben an einen bestimmten Zeitraum geknüpft ist, dieselbe, ohne das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch zu setzen, nicht von einer Voraussetzung abhängig gemacht werden kann, welche es in vielen Fällen unmöglich machen würde, das Recht geltend zu machen.

Dies würde der Fall sein, wenn der vom App.-Richter angenommene Grundsatz richtig wäre. Denn obwohl der Abschluß des Wiederkaufs-Vertrages, und selbst dessen Realisirung durch Rückgabe des Kaufgegenstandes und Rückzahlung des Kaufgeldes, mit zur Ausübung des Wiederkaufsrechts gerechnet werden müssen, und letzteres sich erst in diesen Rechtshandlungen vollendet, so liegen dieselben doch außerhalb der Willens- und Handlungssphäre des Berechtigten, da sie von Einwilligung und Mitwirkung des Verpflichteten abhängig sind, der es in seiner Hand hat, durch Verzögerung oder gänzliche Weigerung die Ausübung des Rechts in diesem Umfange unmöglich zu machen.

Wenn daher ein Wiederkaufsrecht an eine bestimmte Frist geknüpft, und damit ein obligatorischer Anspruch des Verkäufers auf Wiedererwerb der erkauften Sache innerhalb dieser Frist vorbehalten worden ist, so muß die Frist als gewahrt angenommen werden, wenn verkäuferischerseits Alles innerhalb derselben gethan worden ist, was von dieser Seite zur Ausübung

*) Zu II 18 VO. § 42.

§§ 11, 73, 102 GrundbO. Die Löschung erfolgt auf Antrag des Berechtigten oder nach seinem Tode auf Antrag des Eigenthümers, StrA. 74 S. 82. Vgl. HypO. v. 20. Dez. 1783 Tit. 1 § 50; 2 §§ 79—81. Die Folge ist ferner, daß bei Nichtausübung des Rechts und mit dessen Fortfall das Eigenthum des Käufers unbeschränkt durch das Wiederkaufsrecht bestehen bleibt. In StrA. 23 S. 124 hatte die Wittwe des A. bei der Erbauseinandersetzung das Gut für die Taxe auf 20 Jahr nach zurückgelegtem 5. Lebensjahre der jüngsten Tochter mit der Verpflichtung, dasselbe dieser demnächst auf Verlangen für die Taxe zu überlassen, übertragen erhalten und es an ihren zweiten Ehemann ebenso mit derselben Verpflichtung für die Taxe verkauft. Die Tochter starb, ohne das Recht geltend zu machen, und die Erben des A. nahmen das Grundstück demnächst als zum Nachlaß der Wittwe, ihrer Mutter, gehörig, in Anspruch. Dies ist zurückgewiesen, weil offenbar ein Verkauf durch Wiederkauf vorlag, durch den der zweite Ehemann Eigenthümer geworden, nachdem das Wiederkaufsrecht der Tochter fortgefallen. Daß das Recht für die Tochter stipulirt werden konnte, ist nach § 312 „wider Willen" ganz unbedenklich, auch in StrA. 9 S. 80 in einem Falle angenommen, wo der Vater es für den Sohn stipulirt hatte. In ObTr. 34 S. 102 ist übrigens die Cessibilität an Mitglieder der Lehnsfamilie in den Fällen, wo der Lehnsbesitzer wiederkäuflich verkauft hatte, trotz § 312 aus der besonderen Natur der agnatischen Rechte nach Pommerschem Lehnrecht angenommen; dasselbe muß für das Lehnrecht überhaupt gelten. Ueber die aktive Vererbung des Rechts bestimmen §§ 316 ff. h. t., wo es vererblich, hat es nur der Substanzerbe. In RG. 10 S. 218 ist angenommen, daß das Recht auf die Erben übergeht, wenn seine Ausübung an bestimmte Zeit gebunden. Die passive Vererblichkeit ist nicht bedenklich; daß es durch Ersitzung pr. her. nicht beseitigt, folgt aus seiner obligator. Natur. Der Inhalt des Wiederkaufsrechts ist im Wesentlichen Restitution der Kaufsache gegen den Preis in der Form neuen Verkaufs und Kaufs. Restituirt wird ex nunc, nicht ex tunc, d. h. die Sache wird zurückgegeben, wie sie jetzt ist, und der Kaufpreis zurückbezahlt. Von Zurückzahlung kann natürlich nicht die Rede sein, wo der erste Kaufpreis ganz oder theilweise unbezahlt geblieben ist. So RG. 5 S. 199. A. hatte am 28. Mai 1878 an B. aufgelassen, beide dabei zu Protokoll erklärt, daß für 3300 verkauft und A. für 3300 bis 1. Juni 1880 wiederzukaufen berechtigt. Anfang 1880 forderte A. den B. in Ausübung seines Rechts auf, vor dem Grundbuchamt zur Rückauflassung an ihn gegen Empfang des bezahlten und Entlassung aus der Verpflichtung wegen des nicht

des Rechts geschehen konnte, also die Erklärung, von dem Wiederkaufsrechte Gebrauch machen und den Wiederkaufsvertrag unter Erfüllung der vorgesehenen Bedingungen Zug um Zug abschließen zu wollen. Daß die Ausübung des Wiederkaufsrechts in dieser Aufforderung, den Wiederverkaufsvertrag abzuschließen und die Bedingungen erfüllen zu wollen, und zwar seitens des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten, besteht, ist auch in dem Revisions-Erk. v. 12. Jan. 1855*) ausgeführt worden.

Nach der vom App.-Richter in Bezug genommenen Darstellung des ersten Erkenntnisses sind ihrer Bestimmung nach Kläger am 30. Sept. 1871, also vor Ablauf der im § 1 des Vertr. gesetzten Frist, mit dem Verklagten zusammen auf dem Gericht in Merseburg gewesen, zum Behuf der Abschließung des Kaufgeschäfts, dessen Aufnahme an diesem Tage der Deputirte des Gerichts abgelehnt hat, mit dem Eröffnen, sich nächsten Mittwoch, den 4. Okt., wieder einzufinden. Verklagter bestreitet auch gar nicht, daß Kläger ihren Entschluß rechtzeitig kund gegeben, er widerspricht der Klage nur deshalb, weil nicht innerhalb der Frist die Wiederkaufssumme an ihn gezahlt worden ist.

Nach diesem Sachverhalt muß die Frist als seitens der Kläger gewahrt angesehen werden. Daraus folgt die Vernichtung des App.-Erkenntnisses.

Die damit eröffnete freie Beurtheilung der Sache selbst führt zur Abänderung des ersten Urtheils nach dem Antrage der App.-Beschwerde. Verklagter erkennt an, daß Kläger am 30. Sept. 1871, also vor Ablauf der bestimmten Frist, ihre Absicht kund gegeben haben, die ihm mit diesem Vorbehalt verkauften Grundstücke zurückzukaufen. Er bestreitet nicht, daß dieselben die Bedingungen des Wiederkaufs zu erfüllen nicht bereit gewesen, und setzt seinen Widerspruch gegen die Klage nur darin, daß ihm bis zum 1. Okt. 1871 weder das Wiederkaufsgeld baar gezahlt, noch die Kontraktskosten, wie dies verabredet war, ersetzt worden sind.

---

*) StrA. 16 S. 155, Nr. 71 Bd. I S. 276.

---

bezahlten Theils des Kaufpreises zu erscheinen. B. weigerte und exzipirte auf die Klage des A., daß das Recht erloschen, weil A. sich nicht zur baaren Zahlung des ganzen Preises erboten. Der 2. Richter wies deshalb ab. Das RG. hat aufgehoben. Namentlich aus der näher dargelegten deutschrechtlichen Grundlage des Wiederkaufs und aus §§ 296, 297, 308, die offenbar davon ausgehen, daß der Kaufpreis gezahlt, entnimmt es den unbedenklichen Satz, daß nicht beabsichtigt sein könne, dem Wiederkäufer die Verpflichtung zur Zahlung eines Preises aufzulegen, den er selbst nicht erhalten. Ueberdies würde sich die compens. von Forderung und Schuld von selbst verstehen.

Die restitutio ex nunc, aus welcher auch Erk. b. folgt, für dessen Fall bei Bestimmung der Police über die Verwendung der Gelder übrigens andere Entscheidung folgen kann, wird modifizirt durch die Bestimmung in § 299 über den Ersatz bei Abverkäufen und schuldbaren Verminderungen und in § 303 über den Ersatz der Meliorationen. Zufällige Kaufwerthserhöhung durch Zeit oder andere Konjunkturen fällt dem Wiederkäufer nach § 298 zu. Daraus und aus § 299 folgt von selbst, daß, wenn dem Käufer im Laufe der Zeit ein Theil exproprriirt ist, der Wiederkäufer vom Wiederkaufspreise abzieht, was der Käufer in der Expropriation als Entschädigung erhalten hat, StrA. 99 S. 24. Der 2. Richter wollte in diesem Falle dem Wiederkäufer nur den damaligen Ertragswerth der Parzelle in Kapital gut rechnen, was offenbar keinen Grund hatte. Dasselbe trifft da zu, wo der Käufer mit Genehmigung des Wiederkäufers Theile verkauft hat. Daß durch solche Genehmigung der Wiederkauf nicht unmöglich wird, versteht sich von selbst, ObTr. 54 S. 79. Bei Abverkauf ohne Genehmigung wird es trotz § 299 zunächst darauf ankommen, ob der Wiederkäufer sich den Verkauf gefallen lassen muß und will; er wird ev. nach § 222 h. t. den entsprechenden Theil retiniren können.

Vgl. übrigens über den Einfluß des Wiederkaufs auf andere Rechtsbeziehungen der Kontrahenten die Erk. ObTr. 46 S. 118 und StrA. 86 S. 349 zu I 16 §§ 476 ff., 482.

Für den Anspruch auf Ersatz der Meliorationen ist es nach § 303 h. t. an sich unerheblich, ob und wie der Wiederkaufspreis bestimmt ist, wenn daraus nicht etwa auf eine abweichende Willensmeinung der Kontrahenten zu schließen; auch Judikat auf Abschließung des

Wenn § 308 I 11 ALR., auf den dieser Widerspruch zurückgeführt wird, verordnet, daß im Mangel besonders verabredeter Bestimmungen das Wiederkaufsrecht nur gegen baare Zahlung der Wiederkaufssumme und gegen Erfüllung der übrigen Bedingungen, folglich nicht durch ein bloßes Anerbieten dazu ausgeübt werden kann, — so heißt dies nicht, daß die Zahlung der Wiederkaufssumme und die Erfüllung der sonstigen Bedingungen des Wiederkaufs schon mit der Erklärung des Berechtigten, von dem Rechte Gebrauch machen zu wollen, verbunden sein muß, vielmehr wird damit festgesetzt, daß jeder Wiederkauf selbst nur Zug um Zug gegen Gewährung der vollen Gegenleistung verlangt werden kann. Dieser Verpflichtung entspricht der Klageantrag, nach welchem Kläger gegen Zahlung von 400 Thlrn. den Abschluß des Vertrages und die Uebergabe verlangen.

Gründe: d. Der § 331 I 11 ALR. behandelt nur den Fall, daß der Käufer oder Verkäufer auf eine gewisse Zeit sich das Recht zum Rücktritt vom Vertrage vorbehalten hat, und erklärt den letzteren alsdann für einen solchen, welcher unter einer auflösenden Bedingung errichtet worden ist. Im zugehörigen Marginale wird das von einem solchen Abkommen begleitete Kaufgeschäft als Reukauf bezeichnet. Der Nebenvertrag enthält das schon nach Röm. R. zulässige pactum displicentiae, welches in l. 3 D. 18, 1 und l. 4 C. 4, 58 seine Begründung findet. In l. 31 § 22 D. 21, 1 wird eine derartige Uebereinkunft anderweit erörtert und unterschieden, ob dem Käufer das jus poenitendi auf eine bestimmte Frist bewilligt, oder einer solchen gar nicht gedacht, oder mit ausdrücklichen Worten für beständig, in perpetuum, zugestanden worden. Im ersten Fall erlischt das Recht mit dem Ablauf der festgesetzten Zeit, im zweiten ist die Ausübungs-Befugniß auf 60 Tage beschränkt, und nur unter gewissen Umständen die Klage später noch gestattet, l. 31 § 23 a. a. O. Im dritten Fall soll es bei der vertragsmäßigen Verabredung sein Bewenden behalten.

Wäre es anzuerkennen, daß nach Preußischem Recht, wie Koch ausführt, ein

---

Wiederkaufs hindert die Geltendmachung der Meliorationen nicht. Nach StrA. 9 S. 80 soll der Anspruch aber fortfallen, sobald einmal der Wiederkaufsvertrag ohne Berücksichtigung der Meliorationen abgeschlossen, weil dann dieser Vertrag allein entscheidet. Der Anspruch auf den Ersatz der Meliorationen beruht auf §§ 204 ff. I 7; er beschränkt sich demnach nicht auf ein jus tollendi. In StrA. 61 S. 30 hatte bei der Erbauseinandersetzung die Wittwe das Nachlaßgrundstück für den Taxwerth mit der eingetragenen Verpflichtung, es zu bestimmter Zeit der Tochter auf Verlangen zu demselben Werth zu überlassen, übereignet erhalten, in ihrer Besitzzeit eine Parzelle verkauft und übergeben, der Käufer ein Haus darauf errichtet. Als die Tochter von ihrem Rechte Gebrauch machte, klagte sie gegen den Käufer auf Herausgabe gegen Rückzahlung seines Kaufpreises und Wegnahme des Hauses. Der Käufer verlangte Ersatz des Werths des Hauses und anderer Meliorationen und ist damit in 2. und 3. Instanz durchgedrungen, obwohl die Klägerin geltend machte, daß er nur ein jus toll. habe und die Meliorationen nicht ersetzt verlangen könne, weil der Wiederkaufspreis festgestellt.

Ueber die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts vgl. das Erk. c. und über die Bedeutung einer Frist für die Ausübung als Frist, nicht als Verjährung, das Erk. StrA. 16 S. 155 Nr. 71 Bd. I S. 276. — Vgl. auch Ges. v. 11. Juni 1874 § 57 über Aufhebung des gesetzl. Wiederkaufsrechts bei Enteignung.

Die §§ 321—326 h. t. haben durch das Wuchergesetz v. 24. Mai 1880 jetzt die ihnen durch das Ges. v. 24. Nov. 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen theilweise genommene Bedeutung wiedergewonnen. Ihre Bedeutung hatten sie insofern behalten, als sie den allgem. Grundsatz bestätigen, daß nur das gewollte, nicht das simulirte Geschäft Bestand hat. Wo hinter dem Kauf mit Wiederkauf ein Darlehnsgeschäft mit Verpfändung so steckt, daß Kauf, Eigenthumsübertragung, nicht gewollt, besteht selbstverständlich weder der Kauf noch der Nebenvertrag, und der Käufer kann aus solchem Vertrage auf Uebergabe nicht klagen, StrA. 90 S. 340.

Auf den Reukauf bezieht sich Erk. d. Die in diem addictio ist in der Praxis des ObTr. nicht behandelt. So wie Erk. d. lag der Fall OHG. 24 S. 344, wo für gem. R. ebenfalls Kauf mit Resolutivbedingung angenommen und daraus die Beweislast des Käufers gefolgert ist.

solcher Nebenvertrag bei fehlender Fristbestimmung für gar nicht beigefügt anzusehen sei, oder, wie Bornemann sich äußert, demselben in analoger Anwendung der für die addictio in diem bestehenden Vorschrift des § 275 I 11 ALR. nicht weiter als bis zur Uebergabe der Sache Gültigkeit zuzuschreiben sei, indem das ALR., ohne die Distinktionen des Röm. R. zu berühren, lediglich denjenigen Reuvertrag als ein bei Kaufgeschäften anzuerkennendes pactum adjectum erwähne, in welchem dem einen oder anderen der Kontrahenten die Sinnesänderung auf gewisse Zeit nachgelassen worden; so hat doch das App.-Urtheil ein entgegengesetztes Prinzip nicht aufgestellt. Die Fassung der Entscheidungsgründe gewährt dafür keinen Anhalt. Daselbst ist wörtlich nur ausgesprochen: daß sich aus § 331 a. a. O. nicht auf die Nothwendigkeit schließen lasse, die Frist, binnen welcher der Rücktritt stattfinden dürfe, direkt auf eine genau angegebene Anzahl von Tagen festzusetzen. Hierin ist dem vorigen Richter beizupflichten. Der dort vorgesehene Fall des Kaufes unter Resolutiv-Bedingung ist, ohne daß dem daselbst gebrauchten Ausdruck eine ungewöhnliche Bedeutung untergeschoben wird, auch dann als vorhanden zu erachten, wenn aus dem Vertrag überhaupt ein gewisser Termin mit Zuverlässigkeit erkennbar wird, über welchen die Befugniß, von dem Kauf wieder abzugehen, nicht hinausreichen soll. Im vorliegenden Fall hat der App.-Richter die in Hinsicht der Zeit geschehene Begrenzung des den Verklagten als Käufern eingeräumten Rechts in der Bewilligung einer sechsmonatlichen Frist zur Zahlung des Kaufgeldes gefunden. Heißt es auch in der hierauf bezüglichen Ausführung wörtlich weiter, es müsse beim Mangel kontraktlicher Bestimmungen dem richterlichen Ermessen gestattet sein, den dies ad quem, hier als solchen den äußersten Zahlungstermin zu fixiren, so ist doch bei dieser Festsetzung offenbar Dasjenige maßgebend gewesen, was aus den vertragsmäßigen Verabredungen als der Wille der Kontrahenten in betreff der Dauer des jus poenitendi, und zwar im Einklange mit der Behauptung der Verklagten, entnommen worden, nach welcher die beiderseitige Absicht dahin gegangen sei, dasselbe nicht über den Endpunkt der Zahlungsfrist zu erstrecken. Der vorige Richter hat, wie die seiner Ausführung vorausgeschickte Auslegung des § 331 ergiebt, nicht die Ersichtlichkeit aller und jeder Zeitbestimmung, sondern nur die unmittelbar auf die Dauer des jus poenitendi sich beziehende Angabe einer Anzahl von Tagen als entbehrlich angesehen und nur diese vermißt.

Nr. 202. §§ 83—91, 95, 117—120, 121—123, 186, 187, 213. (§§ 170, 171.) Kauf. Besonders gearteter Kauf. (Genus-, Species-, Wahl-, altern.) Kauf in Pausch u. Bogen. (Inbegriff.)*)

Erk. v. 17. Febr. 1860; StrA. 36 S. 226.

A. hatte sein Landgut in Pausch und Bogen an B. verkauft und übergeben, der darauf gegen ihn Erstattung des Werths von vier, zum Inventar gehöriger, rotzkranker Pferde mit der ev. Behauptung, dass A. die Krankheit gekannt, sowie Ersatz für Inventarstücke forderte, welche A. vom Gute vor der Uebergabe fortgeschafft hatte. Der 2. Richter wies ab, weil für den Fehler der Pferde kein Ersatz zu fordern, für die Inventarstücke nur der verhältnissmässige Werth derselben. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: Bei dem ersten Klagepunkt wird darüber gestritten, ob Beklagter dem Kläger Vertretung für die Rotzkrankheit der nachher getödteten 4 Pferde zu

*) Vgl. Windscheid 2 § 390; Dernburg 2 § 140; Förster (Eccius) 2 § 128 D. — Der Kauf in P. u. B. gehört zu den nicht wegen ihres Objekts, sondern wegen ihres In-

leisten habe. Die Annahme des App.=Richters, daß er dazu nicht verbunden sei, muß in Uebereinstimmung mit der Ausführung des Präj., ObTr. 37 S. 85, für begründet erachtet werden.

Es ist hier ein ganzes Landgut in Pausch und Bogen, wie Alles steht und liegt, verkauft, oder was dem gleichsteht, in Tausch gegeben. Der gerügte Mangel betrifft einzelne Stücke des zum Gut gehörigen Vieh=Inventars. Unter dem Verkauf ist zwar nach Vorschrift der §§ 83 ff. I 11 ALR. als Zubehör alles das mitbegriffen, was zur Zeit des Kontrakts in und bei dem Gute vorhanden und zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft erforderlich, oder dazu schon bisher im Gebrauch gewesen ist. Da aber das Zubehör, wie Alles steht und liegt, überlassen worden, tritt weder nach gesetzlicher Vorschrift, noch nach dem Sinne des Kontrakts und der muthmaßlichen Absicht der Kontrahenten eine Verpflichtung des Beklagten für die Lieferung jedes einzelnen Stückes in brauchbarer Beschaffenheit ein. Daß aus den gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf in Pausch und Bogen eine soweit gehende Gewährspflicht des Verkäufers nicht hergeleitet werden könne, folgt schon aus dem § 87 a. a. O., nach welchem der Verkäufer, wenn das gesetzliche Zubehör nicht vorhanden ist, für die fehlenden Stücke nicht zu haften hat. Der als verletzt bezeichnete § 213 das. bestätigt dies, indem bei einem Verkaufe in Pausch und Bogen auch ein Anschlag in Ansehung der Zahl, der Größe, des Umfanges und Ertrages der einzelnen Rubriken nicht vertreten werden darf. Die allgemeinen Grundsätze von der Gewährsleistung, §§ 317 ff. I 5, §§ 192 ff. I 11, stehen dem nicht entgegen. Vermöge derselben hat der Verkäufer für die Brauchbarkeit der verkauften Sache zu dem kontraktlichen Zwecke und für das Nicht=

---

halts besonders gearteten Käufen. Voraussetzung ist eine Mehrheit von Sachen oder ein Inbegriff von Sachen, die mit der besonderen Bestimmung verkauft, daß sie in Pausch und Bogen verkauft; der Kauf muß so geschlossen sein. Dies geht aus §§ 83, 117, 121 h. t. hervor; aus § 121 folgt namentlich, daß der Kauf eines Inbegriffs (vgl. Nr. 36 Bd. I S. 131 u. unt. Nr. 112 Bd. I S. 504; §§ 339—341 I 5) nicht mit dem Kauf in P. und B. zu identifiziren. So auch StrA. 44 S. 150, wo ein Grundstück nebst dem vorhandenen todten und lebenden Inventar verkauft war und der Käufer demnächst Anspruch auf Zubehör im Sinne der §§ 83 ff. h. t. machte. Die Klage ist abgewiesen, weil Kauf in P. u. B. voraussetze, daß er ausdrücklich, direkt oder indirekt, so verabredet. Voraussetzung wird überdies stets sein eine Mehrheit von Sachen, die, wie der Inbegriff, als eine einzige Sache zum Objekt des Geschäfts gemacht. Kauf einer einzelnen Sache in P. u. B. kann nur die Bedeutung wie der Kauf tel-quel im Handelsverkehr haben.

Das Besondere des Kaufs in P. u. B. liegt in den §§ 83 ff., wonach die Zubehöreigenschaft abweichend von den §§ 48 ff. I 2, theils enger, theils weiter, regulirt wird, — §§ 83, 84 h. t. in Vergleich mit § 49 I 2 z. B., — wodurch natürlich das R. der Hypothekengläubiger nicht berührt wird, nur das Verhältniß unter den Kontrahenten, — ferner in den §§ 117 ff. über die Gefahr (der Verschlechterung, nicht des Untergangs), in der Bestimmung des § 187, der sich ganz zweifellos nur auf § 186, nicht auf § 184 bezieht, ObTr. 31 S. 385, und in der Bestimmung des § 213 bezüglich der Gewährleistung, welche im Gegensatz zu in §§ 339 ff. I 5 für den Kauf eines Inbegriffs gegebenen Bestimmungen nach der Auslegung des mitgetheilten Erk. strikt auf Fehler, welche sich aus dem Mangel der einzelnen Sache für das Ganze ergeben, beschränkt. Ebenso das in dem Erk. angezogene Erk. ObTr. 37 S. 84, wo in ganz gleichem Falle der Käufer für drei rotzkrank gewordene Pferde Ersatz in natura oder Geld forderte. Das ObTr. deduzirte auch hier, daß die Gewährleistung für Mängel einzelner Stücke mit dem Begriff des Kaufs in P. u. B. geradezu unvereinbar, da der Verkäufer so gebe, der Käufer so nehme, wie die Sache liegt und steht. Daß dolus und kontraktwidriges Verhalten modifizirend einwirken müssen, versteht sich von selbst; daß Erk. giebt ein Beispiel dafür. Vgl. Nr. 64 Bd. I S. 252; Nr. 101 Bd. I S. 439.

Unbedenklich ist, daß auch bei Kauf in P. u. B. das Eigenthum erst mit der Uebergabe übergeht; Präj. 533; StrA. 10 S. 117; Rechtsf. 2 S. 184; aus den §§ 117 ff. ist eine Abweichung von dem gewöhnlichen Kauf in dieser Beziehung offenbar nicht zu entnehmen.

Ueber den Grund=, Spezial=, Wahlkauf s. die Verweisungen unt. Nr. 195.

vorhandensein von Fehlern, die sie dazu nicht brauchbar machen, einzustehen. Allein es kommt hier nicht darauf an, ob im Fall des Verkaufs der Pferde als einzelne Sache der Verkäufer die Krankheit zu vertreten haben würde. Vielmehr handelt es sich um die Frage, ob der Käufer sich des ihm in Pausch und Bogen verkauften Guts nicht nach der Natur und dem Inhalt des Kontraktes bedienen könne, weil sich unter dem Gutsinventar 4 kranke Pferde befunden haben. Die §§ 339—342 I 5 bestimmen über die Gewährspflicht bei einem Inbegriff von Sachen. Sie finden hier keine Anwendung, weil die Pferde nicht als Inbegriff verkauft, sondern als Gutszubehör in den Verkauf mit begriffen sind.

Eventualiter wird der Anspruch darauf gegründet, daß Beklagter die Rotzkrankheit der Pferde gekannt, aber absichtlich verheimlicht habe. Der App.-Richter nimmt einen dolus des Beklagten bei Abschließung des Kontraktes nicht an. Denn er habe dem Käufer keine Vorspiegelungen gemacht, noch ihm eine unrichtige Auskunft ertheilt. Derselbe habe sich die Pferde im Stalle ansehen können, wenn sie ihm nicht vorgeführt waren. Hierin geht der App.-Richter von der Voraussetzung aus, daß der Begriff des civilrechtlichen dolus unbedingt eine wissentliche Behauptung unrichtiger Thatsachen erfordere. Dadurch faßt er aber den rechtlichen Begriff des dolus zu eng auf. Derselbe kann auch durch wissentliche Verheimlichung von Thatsachen begangen werden, sofern sich ersichtlich der andere Kontrahent darüber im Irrthum befand, der erste Kontrahent aber wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß sie auf dessen Willensbestimmung von unzweifelhaftem Einfluß sein könnten. Solche Umstände sind nach dem Thatbestande hier vorhanden. Der Rotz ist eine besonders gefährliche und ansteckende Krankheit der Pferde, weshalb der Kläger erwarten durfte, daß Beklagter bei den Verkaufsunterhandlungen nicht verschweigen und es nicht zu verheimlichen suchen würde, wenn sie auf dem Gute ausgebrochen sei, und mehrere Pferde davon befallen wären. Der App.-Richter bemerkt zwar noch, es sei nicht festgestellt, daß Beklagter die Rotzkrankheit der Pferde gekannt habe; er wolle die Pferde nur des Rotzes für verdächtig gehalten haben. Allein diese Erwägung ist nicht als eigentlicher Entscheidungsgrund aufgestellt, und jedenfalls geht der App.-Richter wiederum zu weit, wenn er etwas Mehreres verlangt, als daß Beklagter von der Krankheit der Pferde Kenntniß und begründeten Anlaß gehabt habe, sie für die Rotzkrankheit anzusehen. Der App.-Richter hat daher die Grundsätze vom dolus, §§ 84—90 I 4, verletzt, was die Vernichtung seiner Entscheidung zur Folge haben muß.

Den zweiten Klagepunkt anlangend, so ist es für den Fall der Entziehung einzelner Theile oder Pertinenzstücke der verkauften Sache nach den §§ 170, 171 I 11 ALR. Regel, daß dem Käufer dafür der durch Sachverständige festzustellende Werth nach Verhältniß des Anschlages oder der Taxe des Ganzen gegen den verabredeten minderen Kaufpreis gebührt. Von dieser Regel macht aber der App.-Richter eine unrichtige Anwendung auf einen nicht passenden Fall. Die Sachen, für welche Kläger Vergütung beansprucht, sind vorhanden gewesen und konnten dem Kläger gewährt werden. Es ist aber behauptet, daß sie Beklagter nach dem Verkauf abhanden gebracht und dadurch dem Kläger entzogen habe. Es war daher zu beurtheilen, ob nicht Beklagter nach den Vorschriften der §§ 285 ff. I 5 den Werth der Sachen als Entschädigung zu leisten, weil er durch ihre Fortbringung seinen Kontraktspflichten entgegen gehandelt habe.

Nr. 203. §§ 333—339. Kauf. Besonders gearteter Kauf. Kauf auf (zur, nach) Probe.*)

*) Vgl. Windscheid 2 § 387_5; Dernburg 2 §§ 153, 154; Förster (Eccius) 2 § 124_{109}; HGB. Art. 339, 340, 341. — Der Kauf auf Probe ist nach ALR. ein durch

a. Erk. v. 28. Febr. 1854; StrA. 12 S. 192.

b. Erk. v. 2. Juli 1861; StrA. 42 S. 225.

c. Erk. v. 9. Okt. 1872; ObTr. 68 S. 55 (StrA. 85 S. 349 u. 86 S. 220).

Im Falle a. hatte A. an B. 5 Ballen Cheribon-Kaffee nach vorgelegtem Muster verkauft, übersandt, B. nach Verkauf von einigen Pfund den Kaffee zur Disposition gestellt, weil er kein Cheribon-Kaffee. Auf die Klage des A. auf Zahlung verurtheilte der 2. Richter unter Berufung auf §§ 333—339 h. t., weil B. den Kaffee in Gebrauch genommen und einen Theil des Preises bezahlt. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. klagte A. gegen B. auf Zahlung des Preises für nach Probe verkaufte und gelieferte Cigarren. B., der die Cigarren verkauft, behauptete Nichtprobemässigkeit. Der 2. Richter wies ab, weil Kläger die Probemässigkeit nicht erwiesen. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hat A. dem B. nacheinander 2 Pferde auf Probe verkauft, B. sie zum Ackern benutzt. Als A., nachdem B. die Pferde nicht genommen, auf Entschädigung für die Benutzung der Pferde klagte, ist die Klage in 2. u. 3. Instanz abgewiesen.

Gründe: a. Der App.-Richter verwechselt bei der Beurtheilung der gegen die gute Qualität des angekauften Kaffees von dem Verklagten vorgebrachten Einwendung augenscheinlich den Verkauf nach Probe mit dem Verkaufe auf die Probe, §§ 333 ff. I 11 ALR., welche letzteren Gesetzstellen er anführt und zur Anwendung bringt. Nach der Feststellung des Richters liegt hier ein Kauf nach vorgelegtem Muster, nach Probe vor, woraus denn allerdings folgt, daß bei Prüfung der Qualität von der Vergleichung der gelieferten Sache mit dem Muster ausgegangen werden muß, wobei aber dessenungeachtet ein völlig perfektes und im Uebrigen nach den allgemeinen Grundsätzen von Kauf- und Gewährsleistung in Beziehung auf vorbedungene Eigenschaften zu beurtheilendes Kaufgeschäft vorhanden ist. Beim Verkauf auf die Probe erlangt dagegen der Kauf seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte, wo der Käufer seine volle Zufriedenheit mit der behandelten Sache ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, § 333, und damit hängt denn die weitere Bestimmung des § 339 zusammen, nach welcher für eine stillschweigende Einwilligung erachtet wird, wenn, nachdem die Sache in Besitz genommen, das Kaufgeld bezahlt ist. Diese Grundsätze wendet der Richter, wie er nicht nur ausdrücklich sagt, sondern auch in der ganzen Darlegung zeigt, auf die Gewähr-

---

seinen Inhalt besonders geartetes Geschäft insofern, als der Käufer aus dem Geschäft nicht zur Abnahme und Zahlung, sondern zur Erklärung über die Genehmigung der Sache in der stipulirten oder vom Richter bestimmten Frist verpflichtet ist, mit der Wirkung, daß Nichterklärung der Genehmigung gleichsteht. Dies gilt, mag die Sache übergeben sein oder nicht, wenn auch letzterer Fall nicht besonders erwähnt, sondern davon, daß die Sache übergeben, ausgegangen wird, OHG. 7 S. 320, 322. Diese Verpflichtung des Käufers, durch welche das Geschäft von einer bloßen Offerte unterschieden und zu einer Obligation gemacht wird, vgl. §§ 78 ff. I 5, Nr. 75 Bd. I S. 288, ist unbedingt, unbedingt auch die Verpflichtung des Verkäufers; denn diese wird dadurch nicht zu einer bedingten, daß er zu übergeben oder zum Eigenthum als verkauft zu belasten nur braucht, wenn der Käufer genehmigt (bez. zahlt gegen Uebergabe), da dies aus dem Geschäft bez. der Natur des Kaufs von selbst folgt. Inhalt der Obligation selbst, nicht Bedingung, ist auch, daß der Käufer die Sache als gekauft behalten bez. abnehmen und bezahlen muß, wenn er in der bestimmten Frist keine Erklärung über die Genehmigung der Sache abgiebt, während er sie zurückgiebt, der Verkäufer sie zurücknimmt, wenn die Erklärung der Nichtapprobation abgegeben. Durch die Verpflichtung des Käufers zur Erklärung unterscheidet sich nach ALR. der Kauf auf Probe auch von dem Kauf unter der (unrichtig als solche bezeichneten) Bedingung, si placuerit, Nr. 65 Bd. I S. 257. Er ist ein perfektes Geschäft mit Rechten und Pflichten auf beiden Seiten, einer Art Vorvertrag zum Kauf, aus welchem bei Verschulden des Verkäufers dem Käufer z. B. Anspruch auf Ersatz dessen, was er durch die Sache gehabt haben würde, wenn er sie erhalten, entstehen kann, ein Vorvertrag mit der besonderen Natur, daß es des besonderen Abschlusses des Hauptvertrages nicht bedarf, der Hauptvertrag, der Kauf, aus ihm selbst ohne Weiteres mit allen Wirkungen

leistungseinrede des Verklagten und deren Verlust an. Er legt in diesem Sinne dem Verklagten die Pflicht auf, den Kaffee nicht in Gebrauch zu nehmen, ehe er ihn mit der Probe verglichen, und zieht Folgerungen aus der theilweisen, später übrigens wieder anderweit mit beiderseitigem Einverständniß verrechneten Zahlung von 91 Thlrn. Andere Gesetze als der § 333 I 11 sind für diese Folgerungen nicht angeführt, und es erhellet auch nicht, auf welche Gesetze sonst sich dieselben stützen könnten, da insbesondere der § 330 I 5 ALR. nur auf gewöhnlich vorausgesetzte, nicht auf vorbedungene Eigenschaften Anwendung findet. Die Deduktion des Richters erscheint als ein geschlossenes, mit den schließlich unter dem Folgeworte „also" angewandten Gesetzstellen wesentlich verbundenes Ganze, aus welchem nicht etwa das in der Zahlung gefundene Anerkenntniß, oder die ganz beiläufige Bemerkung, daß wegen des Verbrauchs einiger Pfunde das Ganze nicht vollständig zurückgegeben werden könne, als selbstständige Entscheidungsgründe ausgesondert werden dürfen.

Demzufolge führt die unrichtige Anwendung des § 333 I 11 zur Vernichtung des Erkenntnisses.

In der Sache selbst ist die von dem Verklagten eingeräumte Disposition über die Waare dahin, daß er wenige Pfunde verkauft und dadurch erst die Ueberzeugung von der Unverkäuflichkeit erlangt haben will, bei einer nach Quantität, hier nach Pfunden, verkauften fungiblen Sache nicht von der Art, daß dadurch die bei der Gewährleistung dem Empfänger nach § 327 I 5 obliegende Rückgabe der Sache in dem Stande, wie er sie erhalten hat, unmöglich gemacht wird, insofern er nur, wozu Verklagter sich erboten, die gebrauchten Pfunde ersetzt. Die Annahme der Waare selbst macht ihn rücksichtlich ausdrücklich vorbedungener Eigenschaften seiner Einrede nicht verlustig. Sonach kommt es auf die Prüfung der Einwendung selbst an. Sie ist mit aller Bestimmtheit dahin aufgestellt worden, daß Cheribon-Kaffee bestellt, verkauft, dagegen eine andere und schlechte Sorte geliefert worden. Der Cheribon-Kaffee gehört, wie die Sachverständigen aussagen, zum Java-, also zum ostindischen Kaffee, und unterscheidet sich durch bessere Qualität von dem westindischen und Brasil-Kaffee. Daß nun in der That das Kaufgeschäft auf Cheribon-Kaffee geschlossen worden, nimmt der erste Richter mit Recht als völlig erwiesen an durch die eigene Originalrechnung des Klägers, die Faktura, in welcher der braune, wie der grüne Kaffee ausdrücklich als Cheribon-Kaffee aufgeführt, als solcher also verkauft und versendet ist, so daß es sehr auffallend erscheint, wenn Kläger diese Bezeichnung in der abschriftlichen, der Klage beigefügten Rechnung weggelassen hat.

Der Kläger legt nun mit dem Beifalle des zweiten Richters ein großes Gewicht

---

erwächst, sobald die bestimmte Frist ohne Erklärung abgelaufen. Nach dem HGB. Art. 339 Abs. 1, 2 ist dies fraglicher, weil, wenn die Sache nicht übergeben, die Nichterklärung die Befreiung des Verkäufers bewirkt. In OHG. 7 S. 320 ist aber auch für Art. 339 HGB. ein perfektes Geschäft angenommen, weil der Verkäufer gebunden und erst aufhöre, gebunden zu sein, wenn keine Erklärung erfolgt. In dem entschiedenen Falle hat A. an B. ein Pferd für 65 mit der Abrede verkauft, daß er es am Tage darauf dem B. zuschicken, B. es bezahlen solle, wenn es gut im Wagen gehe. Als A. trotz Aufforderung das Pferd nicht schickte, klagte B. unter der Behauptung, daß er das Pferd ohne Probe an C. für 120 weiterverkauft, auf Schadensersatz. Der 2. Richter wies ab, weil, da es zur Probe nicht gekommen, ein Geschäft überhaupt nicht zu Stande gekommen. Dies ist vom OHG. reprobirt, weil der Verkäufer gebunden, der Käufer zur Probe nicht verpflichtet, auch ohne solche jederzeit Erfüllung fordern könne, wenn er auch durch Abnahme ohne Probe auf die Rüge der durch Probe erkennbaren Mängel verzichte (abgesehen von dolus des Verkäufers). Dasselbe Resultat würde sich bei Beurtheilung nach ALR. ergeben. In OHG. 25 S. 118 ist zu Art. 339 HGB. weiter ausgeführt, daß die Erklärung des Käufers, daß er genehmige, nicht Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Vertrage, sondern Erf. einer im Willen des Käufers stehenden suspensiven Bedingung sei; erkläre er sich nicht, so sei er nicht im Verzuge, sondern habe genehmigt.

Auch bei Kauf auf Pr. muß Sache und Preis bestimmt oder bestimmbar sein, wenn Verpflichtungen entstehen sollen. Dadurch rechtfertigt sich die Entscheidung in dem unt. Nr. 195 mitgetheilten Falle StrA. 45 S. 295 (Ersuchen um Uebersendung einer unbestimmten Waare zu unbestimmtem Preise behufs Probe und Auswahl).

Verschieden von dem Kauf auf Pr. ist der feste Kauf mit Vorbehalt des Rücktritts, wenn

auf den Zusatz, welchen Verklagter in der Klagebeantwortung machte, daß er „nach vorgelegtem Muster" bestellt habe. Es ist aber dadurch weiter Nichts eingeräumt, als daß bei der Bestellung von Cheribon-Kaffee ein Muster vorgelegt, d. h. vorgezeigt worden, nicht, daß das Muster dem Verklagten eingehändigt oder etwa versiegelt irgendwo deponirt und als der einzige und alleinige Maßstab, nach welchem die Güte und Kontraktmäßigkeit der Waare zu beurtheilen, hingestellt worden. Neben der Vorzeigung des Musters besteht prinzipaliter die Verabredung der bestimmten Sorte Cheribon-Kaffee; ist diese nicht geliefert worden, so genügt das zum Beweise, daß Kläger sie nicht gehörig erfüllt hat, und es ist dann, ohne daß auf das Muster eingegangen zu werden braucht, anzunehmen, daß die verkaufte Waare dem Muster nicht entsprach, oder daß eine Täuschung schon bei der Vorlegung des Musters stattgefunden habe. Nur wenn der Verklagte die Behauptung aufgestellt hätte, daß die gelieferte Waare „Cheribon-Kaffee von nicht probemäßiger Qualität sei", könnte es auf das Muster ankommen; von der Pflicht, den verabredeten Cheribon-Kaffee überhaupt zu liefern, wird der Kläger dadurch, daß Verklagter sich auf das Muster nicht beruft, keineswegs befreit. Es ist klar, daß eine derartige, den Ursprung und die Qualität der Waare bedingende Eigenschaft von ganz anderer Natur ist, als ein bloßer Name eines verkauften Hundes, der, wie Kläger beispielsweise beibringt, etwa als Karo verkauft ist, während er Nero heißt. Beide Sachverständige haben nun mit voller Bestimmtheit bekundet, daß der ihnen vorgelegte Kaffee kein Cheribon-Kaffee, überhaupt kein Java-Kaffee und sehr schlecht sei. Der K. erklärt ihn für ein westindisches Produkt. Dadurch ist die Einrede des Verklagten vollständig bewiesen.

Gründe: b. Der Kauf nach Probe stellt einen unbedingten, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossenen Kaufvertrag dar, daß die Waare der Probe gemäß sei, also diejenigen Eigenschaften habe, welche die Probe in sich vereinigt. Diese Verpflichtung ist ein dictum promissum: die in der Probe vereinigten Eigenschaften gelten als solche, welche für die verkauften Waaren ausdrücklich vorbedungen sind; als solche stehen sie unter den allgemeinen Grundsätzen von der Gewährleistung in den §§ 192 ff. I 11 und § 319 I 5 ALR. Nun gehört zwar nach § 317 I 5 die Leistung der Gewähr zur Erfüllung eines Vertrages, und es möchte auch eine von dem Verkäufer auf Abnahme der nach Probe verkauften Waare gerichtete Klage durch den von ihm zu überneh-

---

die Sache nicht konvenirt; dies ist der Fall der §§ 331, 332 h. t. Vgl. Erk. d. Nr. 201. Ebenso OHG. 14 S. 204, wo der auf Zahlung belangte Käufer behauptete, es sei verabredet, daß er berechtigt, zurückzugeben, wenn die Waare beim Betriebe des Geschäfts nicht zusage. Hierin ist resolvirende Nebenabrede gefunden. Die Grenzlinie wird nur konkret nach der Willensmeinung der Kontrahenten zu bestimmen sein. Nach HGB. ist im Zweifel suspensive Abrede anzunehmen, OHG. 7 S. 38. Vgl. OHG. 24 S. 344 unt. Nr. 201 a. E. In StrA. 77 S. 308 z. B. hatte A. dem B. auf dessen Verlangen Waaren zu bestimmtem Preise übersandt, nachdem verabredet, daß „nicht Konvenirendes nach 8 Tagen umgetauscht werden könne." B. sandte in der Frist den größten Theil zurück, wurde aber trotzdem auf Bezahlung belangt, weil der Umtausch in der Frist nicht erfolgt. Die Klage ist abgewiesen, weil Kauf auf Probe vorliege, dessen Wirkung durch den verabredeten Umtausch nicht berührt werde, da, wenn die Befugniß des Käufers, die Waare zu behalten oder zurückzugeben, von dem wirklichen Umtausch abhängig sein sollte, der Verkäufer in der Lage sein würde, das Recht des Käufers dadurch zu vereiteln, daß er nicht annehmbare Waare zu nicht annehmbarem Preise, oder die Waare überhaupt nicht sende. In der That lag ein Nebenvertrag über den Umtausch, wie in OHG. 11 S. 437 unt. Nr. 201 vor, der mit dem Kauf auf Probe an sich nichts zu thun hatte, nur abgesonderte Rechte und Pflichten begründete. Daß er wegen Unbestimmtheit unverbindlich (Dernburg a. a. O.), ist vom ObTr. nicht gesagt, wäre auch nicht richtig.

Wichtig ist der Unterschied zwischen der resolvirenden Nebenabrede und dem Kauf auf Probe zunächst wegen der Beweislast. Zweifellos ist, daß wenn der Verkäufer Erfüllung verlangt, der Käufer Kauf auf Probe behauptet, der Verkäufer Kauf ohne Probe oder Ge-

menden Beweis der Probemäßigkeit bedingt sein, und sich andererseits die von dem verklagten Käufer ausgesprochene Weigerung der Annahme der Waare wegen Probewidrigkeit als negative Litiskontestation darstellen. Wenn aber der Verkäufer die nach Probe verkaufte Waare geliefert, der Käufer dieselbe angenommen, sogar weiter veräußert hat und nun, von dem Verkäufer auf Zahlung des vereinbarten Kaufgeldes belangt, die Probewidrigkeit rügt, so stellt sich dies nicht mehr als eine negative Litiskontestation, sondern als Einwand des nicht gehörig erfüllten Vertrages, mithin als ein wirklicher Einwand dar, was zur Folge hat, daß nicht dem Kläger der Beweis der Probemäßigkeit, sondern dem verklagten Käufer der Beweis der Probewidrigkeit der Waare obliegt. Hiermit in Uebereinstimmung hat bereits das Präj. (Sammlung I S. 14) den auch auf den vorliegenden Fall zutreffenden Grundsatz festgestellt: Wenn der Vertrag von Seiten desjenigen, welcher die Gegenleistung fordert, in der Hauptsache erfüllt, und diese Erfüllung von der anderen Seite angenommen worden: so kann von dieser Seite der Anspruch durch die Behauptung, daß der übergebenen Sache die vorbedungenen Eigenschaften gefehlt, und durch Berufung auf den § 271 I 5 ALR. nicht abgelehnt, es muß vielmehr der aus dem Mangel vorbedungener Eigenschaft abgeleitete Entschädigungsanspruch besonders begründet und nachgewiesen werden.

Gründe: c. Wer eine Sache, deren Werth durch ihre Brauchbarkeit bedingt ist, auf Probe kauft, der thut es in der Absicht, sich vor dem Erwerbe der Sache von deren Brauchbarkeit zu überzeugen. Soweit diese Ueberzeugung nur durch den wirklichen Gebrauch der Sache gewonnen werden kann, wird durch den Verkauf auf Probe dem Käufer das Recht eingeräumt, die Sache in gewöhnlicher Weise zu gebrauchen.

Im Art. 339 HGB. wird deshalb gesagt: der Kauf auf Probe werde unter der im Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, daß der Käufer die Waare prüfen und genehmigen werde, und das ALR. macht den Käufer in den §§ 338, 339 I 11 nur verantwortlich für Unfälle, die durch sein grobes oder mäßiges Versehen entstanden sind und für den aus einem ungewöhnlichen Gebrauche entstandenen Schaden. Indem es im § 339 verordnet: zu einem ungewöhnlichen Gebrauche der auf Probe erhaltenen Sache ist der Käufer nicht berechtigt, — geht es augenscheinlich von dem Gedanken aus: der Käufer ist berechtigt, die Sache in gewöhnlicher Weise zu gebrauchen. Dem stehen auch die allgemeinen Vorschriften über bedingte Käufe nicht entgegen. Denn wenn auch nach dem § 259 I 11 ALR. der

---

nehmigung zu beweisen hat, da der Käufer mit seiner Behauptung einfach seine Verpflichtung aus Kauf bestreitet, ein anderes Geschäft behauptet, während ebenso unbedenklich, daß bei resolvirendem Nebenvertr. der Käufer wie bei jeder Resolutivbedingung zu beweisen hat, daß seine Verpflichtung aus dem perfekten Kauf aufgehoben, ObTr. 72 S. 207 (StrA. 91 S. 307), Nr. 69 Bd. I S. 270; OHG. 4 S. 128; 7 S. 38; 14 S. 204. Erheblich ist der Unterschied, weil bei Kauf auf Pr. Eigenthum und in Folge dessen Gefahr beim Verkäufer bleibt, bei resolvirender Nebenabrede auf den Käufer übergeht, der ex arg. §§ 332, 301 h. t. nach Preuß. R. jedenfalls nicht zurücktreten kann, wenn die Sache vor dem Rücktritt untergegangen. Die Pflichten des Käufers auf Probe ergeben sich aus §§ 338, 339 h. t. Vgl. dazu das Erk. c. wegen Entschädigung für Probegebrauch. In OHG. 24 S. 48 ist für Art. 339 HGB. entschieden, daß die Frage, ob Kosten für Empfang und Aufbewahrung der Probesache, Fracht und Lagerspesen, vom Verkäufer oder Käufer zu tragen, nach der Absicht der Kontrahenten zu beantworten. Aus dem Geschäft allein folgt keine Pflicht des Käufers dazu.

In wirksamen Kauf geht der Kauf auf Pr. über durch ausdrückliche oder fingirte Genehmigung. Ein Beispiel zu § 334 h. t. (Genehmigung durch Zahlung) giebt für den Tausch auf Probe, der nicht anders zu behandeln, StrA. 93 S. 357. A. hatte dem B. probeweise einen Hund gegeben, und sollte dafür, wenn er gefalle, eine Hündin nebst Jungen erhalten. B. hatte nach Empfang des Hundes dem A. die Hündin nebst Jungen gegeben. Darin ist Genehmigung nach § 334 ohne Bedenken zu finden gewesen. Vorbehalt, welchen die Annahme der Genehmigung auszuschließen geeignet, würde B. zu beweisen gehabt haben.

Vgl. übrigens auch StrA. 51 S. 324 unt. Nr. 89 Bd. I S. 370, wo auf den Unter=

Käufer nach erfolgter Uebergabe der Sache nur als Verwalter einer fremden Sache anzusehen ist, so wird doch dadurch nicht ausgeschlossen, daß ihm ein unschädlicher Gebrauch der Sache gestattet wird, §§ 82, 109 I 14. Genehmigt demnächst der Käufer die Waare nicht, so ist es so anzusehen, als sei ein Kaufvertrag nicht zu Stande gekommen, oder wie das ALR. sich ausdrückt: es fallen alle gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem unter einem solchen Nebenvertrage errichteten Kaufkontrakte von selbst weg; selbstverständlich aber wird das dem Käufer durch den Vertrag eingeräumte Recht des Gebrauches nur für die Zukunft aufgehoben. Allerdings ist der Fall möglich, daß der Käufer durch den Gebrauch der Sache einen Vermögensvortheil erlangt hat, und vorliegend ist dies behauptet. Es entsteht somit die Frage, ob der Käufer berechtigt ist, diesen Vortheil zu behalten, was vom App.-Richter mit Recht bejaht wurde.

Hier handelt es sich nicht um eine Verwendung aus der Substanz der Sache in das Vermögen des Käufers oder um die aus der Sache hervorgegangenen Früchte, sondern der Nutzen des Käufers soll darin bestehen, daß er die Pferde gebraucht hat. Zu einem solchen Gebrauche berechtigte ihn aber, wie bemerkt, der geschlossene Vertrag, und wenn der Verkäufer für diesen Gebrauch ein Entgelt in Anspruch nehmen wollte, hätte er es sich beim Abschlusse des Vertrages ausbedingen müssen. Es folgt dies, wie der App.-Richter richtig bemerkt, aus der ganzen Natur des Geschäftes. Auf den dem Käufer möglicher Weise aus dem Gebrauche der Sache entstehenden Nutzen wird beim Abschlusse des Vertrages nicht reflektirt, weil die Kontrahenten davon ausgehen, die Probezeit werde nur eine kurze sein. Liegt ausnahmsweise die Sache anders, so haben die Kontrahenten es in der Hand, für den Fall, daß der Kaufvertrag nicht zu Stande kommt, wegen der Vergütung für den inzwischen dem Käufer gestatteten Gebrauch eine Verabredung zu treffen. Ist dies nicht geschehen, so entsteht kein Anspruch auf Vergütung. Keiner der von dem Kläger in Bezug genommenen §§ steht dem entgegen. Der § 109 I 11 ALR. handelt von dem hier nicht vorliegenden Falle eines unbedingten Kaufes. Die §§ 82, 83 I 14, §§ 229 ff., §§ 238, 239 I 21 enthalten gar keinen Anhalt für die Ansicht des Klägers. Daß diesem der § 335 I 11 nicht zur Seite steht, ist schon erörtert. Die §§ 262, 265, 272 I 13 sind hier unanwendbar, weil, wie bemerkt, beim Kaufe auf Probe zwar, wenn der Käufer die Waare nicht genehmigt, ein Kaufvertrag nicht perfekt wird, aber der Vertrag insoweit besteht, als dem Käufer der Gebrauch der Sache überlassen worden ist. Gleichgültig endlich ist die vorliegend stattgehabte lange Dauer der Probezeit. War der Verkäufer mit

---

schied der Wirkungen des Kaufs auf Pr. u. des mündlichen Kaufs bei Objekt über 50 Thlr., der wegen Formmangels aufrufbar, hingewiesen.

Kein besonderes geartetes Geschäft ist Kauf zur Probe, dessen das ALR. gar nicht erwähnt, HGB. Art. 341; in OHG. 2 S. 188 ist darauf aufmerksam gemacht, daß der Sprachgebrauch „auf" und „zur Probe" nicht immer genau scheide, deshalb zuzusehen sei, ob nicht „auf Probe" gemeint, wo natürlich der Ausdruck „zur Probe" nicht entscheiden würde für die rechtliche Behandlung. Nicht besonders geartet ist auch der Kauf nach Probe, bei dem nur Objekt und Gewährleistung durch die Probe bestimmt. Auf den Unterschied zum Kauf auf Probe weist Erk. a. Das Erk. b. betrifft die praktisch vielfach wichtige Beweislastfrage. Vgl. Nr. 69 Bd. I S. 270, 271; Nr. 99 Bd. I S. 432, 433. Grundsätzlich hat der Verkäufer den Inhalt des Geschäfts, aus welchem er klagt (nach Probe, nicht nach Probe), und die Erfüllung (Probemäßigkeit) zu beweisen, Letzteres namentlich auch da, wo der Käufer das für die Erfüllung und in Voraussicht derselben bezahlte Kaufgeld zurückfordert, nachdem er die Sache nicht angenommen. Anders wird dies dann, wenn der Käufer die Sache als Erfüllung angenommen und nachträglich Ansprüche erhebt, OHG. 2 S. 172; 15 S. 53; StrA. 35 S. 125; 69 S. 323; 78 S. 259; OHG. 6 S. 324, 336; 8 S. 224; 22 S. 246; 18 S. 206; 20 S. 64; 11 S. 367. Uebersandte Waare und übersandte Probe hat der Käufer vorzulegen, Verwechslung (Nichtidentität) der Verkäufer zu beweisen; die Beweislast dreht sich um, wenn Käufer, der Waare und Probe aufzubewahren verpflichtet, gegen diese Pflicht absichtlich oder fahrlässig verstoßen, er hat dann die Nichtprobemäßigkeit zu beweisen, OHG. 23 S. 309; 12 S. 9.

dieser langen Dauer nicht einverstanden, so war es seine Sache, dieselbe nach den §§ 336, 337 I 11 zu verkürzen.

Nr. 204. §§ 445—510. Kauf. Besondere Gegenstände. Erbschaftskauf.*)

a. Präj. 465 v. 7. Mai 1838; ObTr. 3 S. 302.
b. Erk. v. 5. März 1877; StrA. 96 S. 368.
c. Erk. v. 14. Sept. 1877; ObTr. 80 S. 261 (StrA. 97 S. 360).

Im Falle a. hatte A., welcher Miterbe einer noch ungetheilten Erbschaft war, am 28. Aug. 1836 seinem Gläubiger B. eine Urkunde ausgestellt, in welcher er erklärte, dass B. von ihm 1066 Thlr. 20 Sgr. und Zinsen zu fordern habe, dass ihm die Höhe seiner Erbquote unbekannt, dass er dem B. aber zur Tilgung der Forderung bis zur Höhe derselben sein Erbrecht abtrete und so viel von seiner dereinstigen Erbquote cedire, als zu seiner Befriedigung erforderlich. Als C., ein anderer Gläubiger des A., auf Grund vollstreckbaren Urtheils das Erbtheil des A. mit Beschlag belegte, klagte B. gegen C. auf Anerkennung seines Eigenthums an dem inzwischen auf 1250 Thlr. ermittelten Erbtheil des A. auf Höhe von 1066. Thlr. 20 Sgr. und Zinsen. Das ObTr. hat die Klage abgewiesen. — Im Falle b. hatte F. testamentarisch seine Wittwe und seine sechs Kinder zu Erben mit der Bestimmung eingesetzt, dass die Wittwe freie Verfügung über den Nachlass haben, die Kinder nur erhalten sollten, was bei ihrem Tode noch vorhanden. Nach dem Tode des F. hatte eins der Kinder, W. F., seine Erbquote in dem Zustande, wie sich der Nachlass am Tage des Vertragsschlusses befinde, an A. verkauft. Nach dem Tode der Wittwe kam in Frage, ob der Vertrag gültig, der fideikommissarische Erbe berechtigt, vor Eintritt des Substitutionsfalles sein Recht aus der Substitution durch Erbschaftskauf zu veräussern. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen bejaht. — Im Falle c. hatte A. sein Miterbenrecht am Nachlass seines Vaters, zu welchem auch Grundstücke gehörten, an B. verkauft. B. klagte gegen die geschiedene Ehefrau des A., welche auf dem Grundstücksantheil des A. nach dem Verkauf eine Hypothek hatte vormerken lassen, auf Löschung, wurde aber in beiden Instanzen abgewiesen, weil er Mangels Auflassung und Eintragung nicht Eigenthümer geworden. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Der Streit betrifft lediglich das Wesen des geschlossenen Rechtsgeschäfts; es kommt auf eine Erklärung der Urkunde v. 28. Aug. 1836 an. Dieselbe enthält, den Worten nach, eine Cession. Weniger genau bezeichnet erscheint das übertragene Recht. A. hat sein Erbrecht, seine Erbquote, abgetreten, die Abtretung jedoch auf eine bestimmte Summe beschränkt. Die früheren Richter beurtheilen das errichtete Rechtsgeschäft verschieden. Der erste Richter sieht das Erbrecht als übertragen an. Er hält zur Rechtsgültigkeit einer solchen Uebertragung den Abschluß eines Erbschaftskaufs für nothwendig, findet diesen in der Urkunde nicht, und hat deshalb den Kläger mit dem in Anspruch genommenen Eigenthume abgewiesen. Der zweite Richter nimmt nicht das Erbrecht, sondern den Erbtheil, in bestimmter Höhe, für abgetreten an. Er hält den Erbtheil des A. für eine Forderung desselben an die Verlassenschaft; erklärt das Rechtsgeschäft für eine gewöhnliche Cession, und achtet es als eine solche für rechtsbeständig.

---

*) Vgl. Windscheid 3 § 621; Dernburg 3 §§ 234—236; Förster (Eccius) 4 § 277. — Das Besondere des Erbschaftskaufs liegt nach ALR. in seinem Objekt und den aus diesem sich ergebenden besonderen Wirkungen. Objekt ist, — abweichend vom RR., —

Man kann weder dem ersten, noch dem zweiten Richter beitreten. Das Erbrecht ist nicht übertragen worden. Ein solches besteht in dem Inbegriffe der Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers. Es steht entweder einer Person oder mehreren gemeinschaftlich zu. Der Inbegriff, als ein Ganzes betrachtet, bildet ein für sich bestehendes Recht. Die Bestandtheile desselben sind die zur Erbschaft gehörigen einzelnen Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, ALR. I 9 §§ 350, 351, vgl. I 2 §§ 32—34.

Sowohl der Inbegriff, das Erbrecht, als die Gegenstände dieses Rechts, unterliegen der Veräußerung; die Arten der Uebertragung sind indeß verschieden.

Das Erbschaftsrecht wird gültig veräußert durch einen Erbschaftskauf. Auf dieses Rechtsgeschäft erstrecken sich die Vorschriften des ALR. I 11 §§ 447, 451 ff. Ein Erbschaftskauf ist vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht ganz oder theilweise, gegen einen bestimmten Kaufpreis, übertragen wird. Das veräußerte Recht schließt nicht blos die Befugnisse, sondern auch die Pflichten des Erben, als Stellvertreters des Erblassers, in sich. Es wird so angesehen, als sei die Erbschaft sogleich dem Käufer, und nicht dem Verkäufer, angefallen.

Eine Uebertragung des Erbschaftsrechts hat hier nicht stattgefunden. Nur die Worte der Erklärung sind ungenau. A. hat von seinem reinen Erbtheile dem Kläger nur einen bestimmten Betrag an Kapital und Zinsen abgetreten. Die Valuta war kein Kaufpreis für den Inbegriff, für das Erbrecht, sondern der Werth für einen, auf Geld bestimmten, mit Schulden und Verbindlichkeiten nicht belasteten Theil des reinen Erbvermögens. Es wurde eine Summe cedirt, weil das Geschäft als Mittel zur Tilgung einer Geldschuld dienen sollte.

Eine rechtsbeständige Uebereignung des Erbtheils ist jedoch ebensowenig erfolgt. Das Erbschaftsrecht begreift, abgesehen von den Lasten und Verbindlichkeiten, Sachen und Rechte, als Gegenstände in sich. Diese können sehr verschieden sein. Die Veräußerung derselben geschieht vermittelst aller, zur Uebertragung des Eigenthums an Sachen und Rechten geeigneten Rechtsgeschäfte überhaupt. Wird die Ueberlassung gegen Entgelt bewirkt, so erscheint das Geschäft entweder als Kauf, oder als Cession. Der Kauf erstreckt sich auf Sachen im engeren Sinne, die Cession auf Rechte. Sachen und Rechte bilden die Gegenstände des Vermögensrechts überhaupt. Kauf und Cession sind insoweit die allgemeinen gesetzlichen Mittel zur Uebertragung des Eigenthums an diesen Gegenständen, ALR. I 2 §§ 1—8; 11 §§ 1 ff., 376 ff. Die Veräußerung der in dem Erbschaftsrecht enthaltenen verschiedenen Sachen und Rechte ist entweder auf einen bestimmten Inbegriff, oder auf einzelne dieser Gegenstände gerichtet.

Auf die Veräußerung eines bestimmten Inbegriffs von Erbschaftssachen beziehen sich die Vorschriften des ALR. I 11 §§ 448, 449. Ein solches Geschäft soll nach

---

nicht der Inbegriff der Nachlaßsachen oder ein Antheil daran, nicht das dem Erben kraft seines Erbrechts zustehende Eigenthum oder Miteigenthum an dem Nachlaß, sondern das Erbschaftsrecht als solches, die Erbschaft qua universitas juris, §§ 447—450 h. t. Solche besteht erst mit dem Tode des Erblassers, — Veräußerung vorher ist deshalb wie im R. u. gem. R., RG. 4 S. 125, nichtig, §§ 446, 505, 506, — und nur soweit, als sie dem gem. Erbrecht überhaupt unterliegt; die Lehnssuccession z. B. ist keine Succession aus Erbrecht, deshalb nicht Gegenstand des Erbschaftskaufs. („freie" Erbsch. Erk. b.) Eine getheilte Erbschaft ist nicht mehr Gegenstand des Erbrechts, sondern Gegenstand des Eigenthums. Ob Erbschaftskauf vorhanden, wird konkret nach dem Objekt und der Absicht der Kontrahenten zu befinden sein; es wird sich immer fragen, ob der Käufer das Eigenthum an bestimmten Objekten hat erwerben, oder aktiv und passiv an die Stelle des Erben hat treten sollen. Deshalb lag zweifellos kein Erbschaftskauf im Falle des Erk. a. vor, so wenig wie in dem ähnlichen Falle ObTr. 12 S. 211, wo der Erbe vor der Theilung von seinem baaren Erbtheil eine bestimmte Summe cedirt hatte, noch in ObTr. 38 S. 89 (StrA. 28 S. 250), wo A. sich in einem Vertrage verpflichtet, seinen Stiefgeschwistern aus der ihm bevorstehenden Erbschaft des Großvaters ein Kapital zu schenken, weshalb aus § 446 die Nichtigkeit der Schenkung nicht hergeleitet werden konnte, auch nicht in ObTr. 16 S. 436, 443, wo der zur Herausgabe von $^1/_2$ des Nach=

den Bestimmungen über den Verkauf eines Inbegriffs von Sachen beurtheilt werden. Das Wesen eines Kaufs im Allg. nach Vorschrift des ALR. I 11 §§ 12, 121 ist daher auch bei dieser Art der Veräußerung vorhanden.

Wird nur ein einzelner Gegenstand aus der Erbschaft übertragen, es sei eine einzelne Sache im engeren Sinne, oder ein einzelnes Recht, so äußert sich das Geschäft entweder als ein Kauf oder eine Cession von gewöhnlicher Art.

Ein Kaufvertrag ist hier nicht errichtet worden. Kauf ist ein lästiger, zweiseitiger Vertrag. Zur Gültigkeit desselben bedarf es der genauen Bestimmung des Gegenstandes und des Kaufpreises, § 12 a. a. O. Die Urkunde v. 28. Aug. 1836 enthält keinen zweiseitigen Vertrag, sondern nur eine einseitige Erklärung des A., ferner mangelt es an der hinlänglichen Bestimmung des Gegenstandes. Es ist weder ein bestimmter Inbegriff von Erbschaftssachen, noch eine bestimmte einzelne Sache übertragen worden. Ebensowenig findet sich ein Kaufpreis festgesetzt. Das Rechtsgeschäft kann daher weder als Kauf eines bestimmten Inbegriffs von Sachen, noch als Kauf einer einzelnen Sache bestehen.

Eine rechtsgültige Cession ist ebenfalls nicht vorhanden. Zur Rechtsbeständigkeit derselben gehört ein bestimmtes Recht, dessen Eigenthum übergehen soll, und eine bestimmte Vergeltung, §§ 376, 377 a. a. O. Eine Valuta ist zwar festgesetzt worden. Dagegen fehlt es an der Bestimmung des Gegenstandes, des abgetretenen Rechts. A. hat nur eine Summe, einen Geldbetrag mit Zinsen, von seinem Erbtheile cedirt. Ein Erbtheil bildet aber kein für sich bestehendes Recht, keine der Abtretung unterliegende Forderung des Erben an die Verlassenschaft, er bezeichnet vielmehr nur — als ein Rechtsbegriff, als eine Benennung — das dem Erben, vermöge seines ausschließlichen, oder seines Miterbrechts, zustehende alleinige oder Miteigenthum an den einzelnen Sachen und Rechten der Verlassenschaft, als den Bestandtheilen der Erbschaft.

Die Abtretung des Erbtheils, als eines solchen, ganz allgemein, ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, ist daher unwirksam; dagegen kann ein Erbe sein Eigenthum an den zur Erbschaft gehörigen, einzelnen Rechten übertragen. Darauf, ob die Erbsonderung unter mehreren Erben noch bevorsteht, oder schon stattgefunden hat, kommt es im Allgemeinen nicht an. Das Recht des Erben ist weder vor, noch nach der Erbtheilung eine Forderung, ein Geldanspruch an die Verlassenschaft, sondern immer nur ein Eigenthum an den Gegenständen der Erbschaft.

Die Uebertragung muß hiernach, wenn sie gültig erfolgen soll, auf die Gegenstände des Erbtheils gerichtet werden. Wird der letztere, ohne nähere Bestimmung der zu überlassenden einzelnen Rechte, ganz oder theilweise oder gar, wie es hier geschehen ist, nur auf Höhe einer Geldsumme abgetreten, so erlangt der Cessionar

---

lasses an den Miterben A. verurtheilte Erbe B. sich mit jenem dahin verglichen, daß er den ganzen Nachlaß behalten und dem A. eine bestimmte Summe zahlen solle, weil diese zum Zweck der Auseinandersetzung erfolgte Abrede das Erbrecht überhaupt nicht betraf, wenn auch andererseits Erbschaftskauf zwischen Miterben durchaus möglich, Dernburg 3 § 220_9. Ist das Erbrecht Gegenstand des Vertrages, so wird der Begr. des Erbschaftskaufs durch Nebenabreden über das Verhältniß der Kontrahenten untereinander bezüglich des Preises, einzelner Gegenstände, Gewährleistung, — nicht ausgeschlossen. Vgl. § 480 h. t. So StrA. 1 S. 21, wo stipulirt war, daß der Käufer auf den Kaufpreis denjenigen Betrag als Selbstschuldner übernehme, welchen der Verkäufer als elterliche Schulden für seinen Antheil zu zahlen verpflichtet, während der Verkäufer die Gewähr für alle Ansprüche Dritter, Schulden, Hypotheken übernehme. Ebenso StrA. 24 S. 310, wo das Erbr. für 600 verkauft, der Verkäufer Gewähr dafür übernahm, daß Käufer mindestens 600 aus der Erbsch. erhalte, Käufer sich zur Herauszahlung des Ueberschusses verpflichtete; vgl. l. 13 § 24 D. 19, 1; l. 7 § 2 D. 18, 1. Anh. § 79 zu § 648 II 1 (Surplusreservat). In StrA. 68 S. 136 hatte A. sein Miterbenrecht im Zustand zur Zeit des geschlossenen Vertrages an B. mit Ausschluß dessen verkauft, was er bei der theilweise erfolgten Auseinandersetzung an baar, Mobilien, Hypotheken, bereits erhalten, wofür Käufer von dem Kaufpreise nichts sollte in

kein Eigenthum an einem bestimmten, in der Erbschaft begriffenen Rechte, als dem nur vorhandenen Gegenstande des Eigenthums, sondern er erwirbt lediglich einen persönlichen Anspruch an den Erben.

So liegt der Fall hier. Der Kläger kann nur verlangen, daß A. ihm aus seinem Erbtheile, aus den Gegenständen der Erbschaft, einen Betrag von 1066 Thlrn. 20 Sgr. mit Zinsen überweise. Der Erbtheil des A. ist in Beziehung auf den Kläger als die Vermögensmasse anzusehen, aus der er die Zahlung erhalten soll. Eigenthümer dieser Masse, der den Erbtheil bildenden Gegenstände der Erbschaft, ist der Erbe A., der von ihm in der Urkunde v. 28. Aug. 1836 abgegebenen Erklärung ungeachtet, geblieben.

Hiernach erscheint der Eigenthumsanspruch des Klägers unbegründet, das Verlangen desselben, daß der Verklagte den auf den Erbtheil des A. ausgebrachten Beschlag auf Höhe von 1066 Thlrn. 20 Sgr. mit Zinsen zurücknehme, durch die Gesetze nicht unterstützt, und die, vom Richter erster Instanz ausgesprochene Abweisung des Klägers mit der erhobenen Klage gerechtfertigt.

Gründe: b. Der App.-Richter läßt die allg. Frage, inwiefern W. F. das ihm zustehende Recht veräußern konnte, dahin gestellt; er meint, W. F. habe einen Erbschaftskauf geschlossen, dieser Erbschaftskauf sei ungültig, weil dem W. F. die Erbschaft damals noch nicht angefallen gewesen; er meint nämlich, daß den fideikommissarischen Erben die Erbschaft erst mit dem Tode des Fiduziarerben anfalle. Diese Ansicht ist eine irrige. Sie beruht auf einer Verwechslung des Anfalls einer Erbschaft mit dem Erwerb einer Erbschaft.

Nach § 367 I 9 ALR. fällt, sobald der Erblasser verstorben, die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers dazu berufen. Ist die Erbeinsetzung eine unbedingte, so erlangt der Erbe das Eigenthum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten gleichzeitig mit dem Anfall, ohne daß es einer Besitzergreifung bedarf, § 368 a. a. O. Ist Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung oder nur von einem gewissen Tag an zum Erben eingesetzt, so erwirbt er mit dem Eintritt der Bedingung resp. des Tages die Erbschaft, und zwar auch, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf, § 370 I 9; §§ 478 ff. I 12 ALR. Das dem in dieser Weise eingesetzten Erben zugedachte Erbrecht geht auf dessen Erben über und ist als ein bedingtes oder betagtes Recht ein Gegenstand freier Verfügung des Erben, § 370 I 9; §§ 485, 486 I 12 ALR.

Die vorstehenden Grundsätze finden auch Anwendung im Falle der fideikommissarischen Substitution. Mit dem Tode des Testators fällt die Erbschaft sowohl dem heres fiduciarius, als dem heres fideicommissarius an. Der heres fiduc. erwirbt mit dem Anfall das Eigenthum der Erbschaft, Präj. 578. Mit dem Tode des heres fiduc. erwirbt der heres fideic. die Erbschaft, nämlich in dem Sinne, wie sie ihm der Erblasser zugewendet hat, also entweder in dem Stande, wie sie sich zur Zeit der Uebernehmung durch den heres fiduc. befunden hat, oder in dem

---

Abzug bringen dürfen. Diese Abrede betraf nur das Verhältniß unter den Kontrahenten und der Vertr. ist in allen Instanzen als Erbschaftskauf behandelt, als es sich um die Frage handelte, ob der Miterbe des A. das Verkaufsrecht geltend machen könne. Ist das Erbr. verkauft, so ist auch gleichgültig, wenn z. B. im Vertrage noch besonders des Antheils am Nachlaßgrundstück erwähnt, StrA. 75 S. 120.

Bedenklich und streitig ist die im Erk. b. behandelte Frage über den Verkauf durch den fideikommissarisch substituirten Erben vor dem Eintritt des Substitutionsfalls. Vgl. Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 27, 37. Noch weiter geht ObTr. 36 S. 62 (StrA. 24 S. 310), wo in dem Falle, daß Eheleute in gemeinsch. Testamente sich gegenseitig und nach ihrem Tode einen Dritten zum Erben so eingesetzt, daß der Ueberlebende an seine Disposition zu Gunsten dieses Dritten gebunden, §§ 492, 493 II 1, dem Dritten nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten und vor dem Tode des Ueberlebenden der Verkauf seines Rechts an dem in den Händen des Ueberlebenden vereinten Nachlasse gestattet ist, sobald der Ueberlebende die Erbschaft angetreten hat, — weil dies R. ein vererbliches, transmissibles Vermögensrecht, das Erbr. durch den Tod des Erstverstorbenen und den Antritt des Ueberlebenden erworben, der Dritte substituirte Erbe, der Erwerb des Eigenthums an der Erbsch. zwar suspendirt durch die Rechte des Ueberlebenden, aber nicht das Erbrecht. Bedenklich ist dies schon um deswillen,

Zustande, wie sie beim Eintritt des Substitutionsfalles vorhanden ist, §§ 467, 468 I 12 ALR. Das ihm zustehende Recht geht auf seine Erben über und ist ein Gegenstand seiner freien Verfügung, Präj. 502, 2509.

Was nun das Rechtsgeschäft anbelangt, vermittelst dessen der heres fideic. über das ihm zustehende Recht zu verfügen berechtigt ist, so kann darüber kein Zweifel sein, daß die §§ 445, 446 I 11 ALR. den heres fideic. nicht verhindern, die ihm zugedachte Erbschaft im Wege des Erbschaftskaufes zu veräußern. Denn durch diese §§ wird nur der Verkauf einer noch nicht angefallenen und nicht freien Erbschaft untersagt. Die Erbschaft ist aber dem heres fideic. angefallen und sie ist auch im Sinne des Gesetzes eine freie, denn unter einer nicht freien Erbschaft wird nur eine dem gemeinen Erbrecht entzogene Erbschaft verstanden, also ein ex pacto et providentia majorum sich ableitendes Successionsrecht. Daher kann der heres fiduc. die Erbschaft rechtsgültig verkaufen, wenngleich sie mit Substitution oder Fideikommiß beschwert ist, und der Käufer kann den Kauf nur anfechten, wenn der Verkäufer ihm die Belastung nicht bekannt gemacht hat, § 488 I 11. Anlangend den heres fideic., so kann er natürlich die ihm angefallene Erbschaft nur in der Weise verkaufen, wie sie ihm zusteht, nämlich als eine Erbschaft, welche er erst mit dem Eintritt des Substitutionsfalles erwirbt. Daß eine angefallene, aber noch nicht erworbene Erbschaft Gegenstand eines Erbschaftskaufes sein kann, ergeben die §§ 495 ff. I 11. Denn nach § 495 ist der in Bezug auf eine unter einer Bedingung zugewendete Erbschaft geschlossene Kauf nur dann nichtig, wenn beiden Theilen unbekannt war, daß nur eine bedingte Erbschaft vorlag, und nach den §§ 498, 499 ist, wenn der Käufer die ihm bekannte Bedingung verschwiegen hat, nur der Käufer berechtigt, von dem Vertrage abzugehen, er ist aber immer berechtigt, bei dem Kaufe stehen zu bleiben, und unter Umständen kann auch der Verkäufer die Aufrechthaltung des Vertrags erwirken. Derartige Bestimmungen wären unmöglich, wenn die Veräußerung einer angefallenen, aber noch nicht erworbenen Erbschaft unzulässig wäre.

Mit Rücksicht auf Vorstehendes kann der von Förster, Th. u. Pr. 4 S. 352 aufgestellte, vom ersten Richter in Bezug genommene und vom App.-Richter seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Satz: „Der Nacherbe kann vor Eintritt des Restitutionsfalles nicht veräußern, weil ihm bis dahin die Erbschaft noch nicht angefallen ist", — nicht als richtig anerkannt werden. Es kann nun freilich den Anschein gewinnen, als folge der App.-Richter nur einer von dem ObTr. gebilligten Theorie, wenn er meint, bis zum Ableben des Fiduziar-Erben habe der fideikommissarische Erbe nur einen Anspruch darauf, daß ihm die Erbschaft beim Eintritt des Restitutionsfalles herausgegeben werde. Dieser Anspruch sei aber kein dinglicher, sondern ein rein persönlicher, über diesen Satz seien Theorie und Praxis jetzt einig. Denn in einem in StrA. 65 S. 41 ff. abgedruckten Tr.-Urtheil heißt es: hat der Fideikommissarius überhaupt kein dingliches Recht, sondern nur einen Titel dazu, nämlich

---

weil der Ueberlebende jedenfalls doch auch der Erblasser des Verkäufers, nicht blos Vorerbe, §§ 446, 505 h. t. Das Erk. b. aber läßt, abgesehen von dem sehr fraglichen Werth der Unterscheidung zwischen angefallener und erworbener Erbsch., unerörtert, ob nicht die wirklich angefallene Erbsch. im Sinne §§ 445, 453 h. t. eben die erworbene Erbschaft, ob nicht das Recht des Nacherben an dem, Eigenth. des Vorerben gewordenen Nachlaß etwas Anderes als das Erbschaftsrecht im Sinne § 447, namentlich bei dem fideic. in id quod supererit, §§ 467, 468 I 12.

Das Besondere des Erbschaftskaufs zeigt sich sodann in den Wirkungen desselben. Dieselben hängen mit dem Objekt zusammen. Durch den Erwerb des Erbschaftsrechts wird der Käufer aktiv und passiv Erbe, ohne daß der Erbe aufhört, Erbe zu sein, soweit er dadurch verpflichtet ist, §§ 454, 456, 462, 463 h. t. Der Kauf begründet danach Universalsuccession in den Nachlaß, Singularsuccession bezüglich des Verkäufers Recht am Nachlaß. Aus ersterem folgt der unmittelbare Eigenthumsübergang ohne Auflassung u. Tradition, Erk. c., §§ 474, 483 h. t.; § 475 besagt weiter nichts, als was unt. Nr. 196 für die Pflicht jedes Verkäufers gesagt, StrA. 75 S. 120. In dem im Erk. c. angezogenen ObTr. 76 S. 153 ist daraus, daß das Erbschaftsrecht Gegenstand des Erbschaftskaufs, das Recht als solches eine bewegliche Sache im Sinne §§ 1, 2 I 2 gefolgert, daß der Ehemann in GG. nicht der Genehmigung der Ehe-

ein Forderungsrecht an den Fiduziarius oder dessen Erben, so gilt dies um so mehr von einem fideicommissum in id, quod supererit, zumal wenn der Gegenstand des Fideikommisses in einer Geldsumme besteht, wie hier der Fall ist. Die Restitutionsforderung des Klägers ist sonach kein Vindikations-, sondern ein obligatorischer Anspruch, — und Förster formulirt danach a. a. O. S. 133 Note 133 einen allg. Satz.

Allein jener vom ObTr. ausgesprochene Satz ist ohne Bedeutung für die vorliegende Frage. Jener Satz enthält nur eine Erläuterung des § 467 I 12 ALR. Es wird nur gesagt, daß der heres fideic. im Verhältniß zum heres fiduc. nur einen persönlichen Anspruch auf Restitution habe, es wird aber nicht gesagt, wie der App.-Richter und Förster annehmen: Der heres fideic. könne, wenn er vor dem Eintritt des Substitutionsfalles sterbe, kein Erbrecht transmittiren, sondern nur jenen persönlichen Anspruch vererben. Gegenüber dem § 370 I 9, und den §§ 484, 485 I 12 konnte das ObTr. einen solchen Satz nicht aussprechen, es hat vielmehr in den Präj. 502, 2509 im Gegentheil ausdrücklich erklärt, daß der Erbe des vor dem Eintritt des Substitutionsfalles versterbenden fideikommissarischen Substituten „an dessen Stelle" trete, und daß in einem solchen Falle der Fideikommissar „sein Successionsrecht" auf seine Erben transmittire.

Nur den Satz hat das ObTr. reprobirt, daß der Fideikommissar schon mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum der Erbschaft oder des Legats erwerbe, Rechtsfälle 2 S. 68, dagegen hat es mehrfach ausgesprochen, daß, wenngleich die Erwerbung der Erbschaft bis zum Tode des heres fiduciarius suspendirt sei, doch das dem heres fideicommissarius angefallene Erbrecht auf seine Erben transmittirt werde, ObTr. 4 S. 134; 38 S. 177; StrA. 4 S. 40; 12 S. 177 ff. Es kann aber aus jenem in StrA. 4 S. 41 ff. abgedruckten Urtheil für den vorliegenden Fall irgend eine Konsequenz nicht gezogen werden, weil es sich hier nicht um die Frage handelt, welche Rechte der heres fideic. gegenüber dem heres fiduc. hat, sondern um die Frage, ob der heres fideic. das ihm angefallene Erbrecht vor dem Eintritt des Substitutionsfalles im Wege des Erbschaftskaufes veräußern kann. Diese Frage ist, wie gezeigt, zu bejahen. Eine derartige Veräußerung hat natürlich nicht die Wirkung, daß der Erbschaftskäufer das Eigenthum der Erbschaft mit dem Abschluß des Kaufvertrages erwirbt, aber es hat die Wirkung, daß der Erbschaftskäufer das Eigenthum der Erbschaft mit dem Augenblick erwirbt, in welchem das Eigenthum der Erbschaft auf den Verkäufer übergeht, § 369 I 9; §§ 485, 486 I 12; § 474 I 11 ALR.

Es kommen eben auch in einem solchen Falle die allg. Grundsätze von der Uebertragung eines bedingten Rechtes in Anwendung. Mit dem Eintritt des Substitutionsfalles tritt daher der Erbschaftskäufer in die Rechte und Pflichten des Erben, was durch eine Cession des persönlichen Anspruches des heres fideic. gegen

---

frau zum Verkauf der ihm angefallenen Erbschaft, zu der Grundstücke gehören, bedarf, §§ 363, 372, 377—380, 570, 648 II 1. Vgl. ObTr. 52 S. 379 (StrA. 55 S. 342) üb. d. Stempelpflicht des Erbschf. als Kaufvertrag. Wie der Käufer die Rechte des Erben erwirbt, § 454 h. t., also auch z. B. das Recht auf Erbtheilung, Dernburg 3 § 244_{17}, nur den Erbschaftsstempel zu zahlen hat, den der verkaufende Erbe nach seinen persönlichen Verhältnissen zu zahlen hat, AKO. v. 25. Juni 1844 (GS. S. 253); ObTr. 65 S. 264, den titul. pro her. für sich in Anspruch nehmen kann, so wird der Käufer passiv Erbe, der Kauf wirkt auch hier wie Universalsuccession, d. h. der Käufer haftet den Gläubigern des Nachlasses unmittelbar wie der Erbe, entweder mit dem Nachlaß oder persönlich, je nachdem die Haftung der Erben zur Zeit des Verkaufs bestand oder durch die Handlung des Käufers nach dem Verkauf begründet worden ist; durch die Handlung des Verkäufers kann sie nach dem Verkauf jedenfalls nicht erschwert werden; arg. §§ 435 ff. I 5. In dem Kauf eine Schuldübernahme im Sinne der Uebernahme einer absoluten persönlichen Verpflichtung zu finden, ist mit § 454 nicht vereinbar. OHG. 12 S. 44, wo ausgeführt, daß wenn die Gesetzrevisoren zu § 463 h. t. bemerken, daß der Käufer nur aus dem Besitz hafte (ein Satz, der auch in ObTr. 47 S. 360 vorkommt), dies nur bedeute, daß er nicht persönlich, sondern nur mit dem Nachlaß hafte, vorausgesetzt, daß er des benef. inv. nicht durch Dispositionen verlustig

den heres fiduc. nicht zu ermöglichen ist, denn durch Cession kann ein Cessionar nicht dritten Personen verpflichtet werden; um auch die Pflichten des Erben auf den Erwerber zu übertragen, muß ein Erbschaftskauf geschlossen werden, §§ 454 ff. I 11.

Ist nach Vorstehendem die Grundlage, auf welcher die Entscheidung des App.-Richters ruht, eine rechtsgrundsätzlich irrige, so kann sie auch durch die Deutung, welche der App.-Richter dem Vertrage giebt, nicht gehalten werden. Was zunächst den Satz anbelangt: Diese Fassung, insbesondere die Erwähnung, daß die Erbschaft in dem Zustande, wie sie sich am Tage des Verkaufes befinde, verkauft werde, läßt keine andere Deutung zu, als daß die Kontrahenten beabsichtigt haben, dem Käufer das Miteigenthum an den am Verkaufstage vorhandenen Nachlaßstücken zu übertragen, so ließe sich derselbe dahin auffassen, daß der App.-Richter habe feststellen wollen, die Absicht sei nicht auf Abschließung eines Erbschaftskaufes, sondern auf Uebertragung des Miteigenthums an den am Verkaufstage vorhandenen Nachlaßstücken gerichtet gewesen, ein Fall, welchen § 448 I 12 ALR. erwähnt; allein, daß diese Worte nicht so aufzufassen sind, ergiebt sich daraus, daß der App.-Richter ausdrücklich sagt: eine solche Abrede lasse sich nur als reiner Erbschaftskaufvertrag auffassen. Alles, was der App.-Richter sonst noch über die Deutung des Vertrages sagt, ist eine Konsequenz seiner unrichtigen Ansicht, dem fideikommissarischen Erben falle die Erbschaft erst mit dem Ableben des Fiduziarerben zu. Bis zum Ableben des Fiduziarerben habe der fideikommissarische Erbe nur das Recht, seinen persönlichen Anspruch zu cediren, nicht aber das Recht, im Wege des Erbschaftskaufes das von ihm noch nicht erworbene Eigenthum der Erbschaft zu übertragen. Es liegt also nicht eine auf thatsächlichen Erwägungen beruhende Auslegung eines seinem Charakter nach richtig aufgefaßten Rechtsgeschäfts vor, sondern es ist der Charakter des vorliegenden Rechtsgeschäfts in einer rechtsgrundsätzlich unrichtigen Weise aufgefaßt, und auf Grund dessen ist den Worten eine unrichtige Deutung gegeben. Der entscheidende Grund des App.-Richters liegt in einer unrichtigen Anwendung des § 445 I 11 auf einen dafür nicht passenden Fall. Deshalb unterliegt das App.-Urtheil der Vernichtung.

In der Sache selbst ist der Umstand, daß im § 1 des Vertrages die Worte vorkamen: und zwar in dem Zustande, wie sich die Erbschaft an dem heutigen Tage befinde, nicht danach angethan, daraus die Ungültigkeit jenes Vertrages herzuleiten. Da die F.'schen Kinder sich nur in das zu theilen haben, was vom Nachlasse des F. bei dem Tode der W. F. noch vorhanden ist, und die Wittwe F. die freie Verfügung über den Nachlaß hatte, so müssen die F.'schen Kinder alle von der Wittwe F. bis zu ihrem Todestage vorgenommenen Veränderungen des Nachlasses anerkennen, also namentlich auch die bis zum Tage des Vertragsabschlusses vorgenommenen Veränderungen. Mit jenen Worten im § 1 des Vertrages wird also nur ausgedrückt, daß W. F. die bis zum Tage des Vertragsabschlusses vorgekommenen Veränderungen nicht zu vertreten habe.

---

geworden. Aus dieser unmittelbaren Haftung folgt einerseits, daß er sich durch Weiterverkauf nicht davon befreien kann, ein Fall, der im ALR. nicht besonders vorgesehen, §§ 454, 456, 462, 463 h. t.; OHG. 12 S. 44, andererseits aber nicht, daß das Judikat gegen den Erben auch die Exek. gegen den Käufer begründet, der im Verhältniß zum Erben nur Singularsuccessor. So ObTr. 47 S. 360 nach §§ 5, 9 I 24, § 14 I 28 AGO. Jetzt § 665 CPO.

Die Gewährleistung des Verkäufers ist in §§ 484 ff. h. t. nach den Grundsätzen des Kaufs in P. u. B. und konsequent mit Rücksicht darauf, daß das Erbschaftsrecht Vertragsobjekt, geregelt. Die Pflicht des Käufers besteht außer der Zahlung des Kaufpreises in der Vertretung des Verkäufers gegen die Nachlaßgläubiger, § 466 h. t. Der Verkäufer fordert danach mit Recht die Erstattung des Erbschaftsstempels, der von ihm erfordert, ObTr. 14 S. 464; Präj. 1873 (ohne Gründe), und die Erstattung dessen, was er an Erbschaftsgläubiger anderer Art gezahlt hat, wenn nicht § 480 h. t. vorliegt, der keinen direkten Widerspruch mit §§ 455, 456 h. t. enthält, wenn man annimmt, daß er bei ersichtlichem entgegengesetzten Vertragswillen nicht Anwendung findet. Nach §§ 477, 478, 481 I 16; §§ 454, 456, 483 h. t. wird man auch annehmen müssen, daß der Verkäufer seine eigenen Forderungen an den Nachlaß gegen den Käufer geltend machen kann, wenn nicht der gegentheilige Vertragswille erhellt. Ganz unbedenklich ist ObTr. 18 S. 232, wo A. an B. ein Grundstück verkauft,

Gründe: c. Die §§ 454, 456 I 11 ALR. bestimmen, daß der Erbschaftskäufer in alle Rechte und Pflichten des Erben eintritt, so, als ob die Erbschaft sofort ihm, und nicht dem Verkäufer zugefallen wäre. Danach gilt, StrA. 68 S. 136, nach abgeschlossenem Erbschaftskaufe der Käufer, jedem Dritten gegenüber, als Erbe von Anfang an. Weiter bestimmt der § 474 a. a. O., daß mit dem Abschlusse des Kaufvertrages das Eigenthum der Erbschaft auf den Käufer übergeht, und es bedarf danach eines besonderen Uebergabeaktes, außerhalb der im Vertrage verlautbarten Willenserklärung, zum Zwecke der Eigenthumsübertragung nicht, StrA. 75 S. 120.

Gegen diese Bestimmungen verstößt der App.-Richter, indem er seine Entscheidung auf die Annahme gründet, daß bezüglich der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke der Kläger nicht durch den Abschluß des Erbschaftskaufvertrages in die Rechte des Verkäufers eingetreten sei, daß vielmehr diese Wirkung nur als Folge einer sich durch Auflassung und Eintragung vollziehenden Eigenthumsübertragung eintreten könne. Der App.-Richter hat die gedachten landrechtl. Vorschriften zwar nicht übersehen, er erachtet aber seine Entscheidung dennoch und zwar um deswillen für gerechtfertigt, weil jene Bestimmungen, sowie der § 447 a. a. O., von welchem sie sich nur als Konsequenzen darstellen, unvereinbar seien mit der Vorschrift des § 1 des Ges. v. 5. Mai 1872; und weil demnach angenommen werden müsse, daß durch das neue Gesetz die landrechtlichen Grundsätze über den Erbschaftskauf modifizirt seien. Mit dieser Annahme hat der Richter den § 1 des Ges. durch unrichtige, den § 5 desselben und den § 447 I 11 ALR. durch unterlassene Anwendung verletzt, indem für den vorliegenden Fall die angenommene Unvereinbarkeit in der That nicht existirt.

Das Recht, welches der Erbe durch den Erbschaftskauf auf den Käufer überträgt, ist nicht das Eigenthum oder Miteigenthum an Grundstücken, sondern das Erbrecht selbst. Der Erbschaftskauf enthält somit nicht eine freiwillige Veräußerung von Grundeigenthum, und fällt nicht unter die Tragweite des § 1 des Eigenthumserwerbsgesetzes. Im vorliegenden Falle ist aber auch durch den Erbschaftskauf in den Eigenthumsverhältnissen der Nachlaßgrundstücke überhaupt eine Aenderung nicht eingetreten. Das Eigenthum an denselben ist, nach wie vor, gewissermaßen noch das in der Person des Erblassers verkörpert gewesene, welches zunächst von der Gesammtheit der vorhandenen Erben fortgesetzt wird; erst der Akt der Nachlaßtheilung bildet, insofern nicht die Gesammtheit anderweitig darüber disponirt, die freiwillige Veräußerung der Nachlaßgrundstücke, welche sich in den Formen des § 1 a. a. O. zu vollziehen haben wird, um rechtsgiltig an die Stelle des eingetragenen Erblassers einen neuen Eigenthümer zu setzen.

Von diesen Voraussetzungen, welche mit dem PlBeschl. ObTr. 35 S. 352*) im

*) Vgl. zu I 17 §§ 115 ff.

B. die Zahlung von 100 des Kaufpreises an den Sohn des A. übernommen hatte. Als B. starb und von A. beerbt wurde, verkaufte A. die Erbschaft an C. Erst nachher wurde der Sohn des A. für todt erklärt und von A. beerbt. Die Klage des A. gegen C. auf Zahlung der 100 ist durchgedrungen, der Einwand des C., daß die Forderung durch conf. erloschen, verworfen, weil A. das Gläubigerrecht erst nach dem Verkaufe erworben hatte, von conf. schon deshalb nicht die Rede sein konnte. Das ObTr. verweist dabei auf § 493 I 16, wonach wenn einer von mehreren Mitverpflichteten das Recht des Gläubigers erwirbt, er davon, soweit nicht § 494 das. Platz greift, wovon beim Erbschaftskauf nicht die Rede, gegen den Mitschuldner Gebrauch machen kann.

Im Uebrigen ist der Erbschaftskauf wirklicher Kauf, Kauf einer Sache (Erbsch. § 132 I 2), deshalb zur Geltendmachung des Vorkaufsrechts durch den Miterben geeignet, wenn der andere Miterbe verkauft. Vgl. zu §§ 115, 60 ff. I 17; § 575 I 20. Selbstverständlich überkommt bei der Ausübung des Vorkaufsrechts der Vorkäufer alle Lasten und Verbindlichkeiten des Erbschaftsrechts und muß dem Erbschaftskäufer erstatten, was dieser erwiesen an Erbschaftsschulden bezahlt hat. Ebenso unbedenklich ist, daß auf Erbsch. die allgem. Grundsätze über die Ungültigkeit einer Willenserkl. wegen Irrthums Anwendung finden, Nr. 61 Bd. I S. 240. Darauf beruhen auch die §§ 492, 494 h. t. Vgl. StrA. 30 S. 344 unt. Nr. 61 Bd. I S. 241, 242.

Einklange stehen, ist die Gesetzgebung bei der Redaktion und Emanation des neuen Eigenthumserwerbsgesetzes ausgegangen. Der § 5 Abs. 2 desselben gestattet den Miterben, die Auflassung der noch im Bucheigenthume des Erblassers stehenden Nachlaßgrundstücke vorzunehmen, ohne daß sie vorher die Eigenthumseintragung auf ihren Namen bewirkt haben. Als bei der Berathung des Gesetzes dieselbe Befugniß auch für den Einzelerben in Anspruch genommen wurde, ist von der beantragten Aenderung gerade deshalb Abstand genommen, weil entgegen der mit dem Erbfalle eintretenden vollen Disposition des Einzelerben über den gesammten Nachlaß diese Dispositionsfreiheit den Miterben fehle, von denen bis zur Theilung keiner zu einem bestimmten Antheile Eigenthum an dem Nachlaßgrundstücke habe; deren Gesammtheit vielmehr bis dahin lediglich das Eigenthum des Erblassers fortsetze. (Vgl. Werner, Grundbuchgesetze 2 S. 51, 111.) Tritt in die Gemeinschaft der Miterben, an Stelle Eines von ihnen, vertragsmäßig ein Dritter ein, so ist der Akt, durch welchen sich dieser Eintritt vollzieht, kein solcher, welcher die freiwillige Veräußerung eines Grundstückes oder Grundstücksantheiles involvirt; der Verkauf des Erbschaftsantheiles hat vielmehr, gleichviel, ob Grundstücke zum Nachlasse gehören mögen, und ob er in Folge dessen möglicherweise zum Grundstückserwerbe führen könne, oder nicht, immer nur ein Recht, also eine bewegliche Sache, zum Gegenstande und vollzieht sich nach den für die Eigenthumsübertragung solcher gesetzlich vorgeschriebenen Normen. Die gleichen Grundsätze sind vom ObTr. in dem Erk. ObTr. 76 S. 152 bereits zur Anwendung gebracht, als es sich um Entscheidung der Frage handelte, ob ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte zum Verkaufe eines Erbschaftsantheiles an dem Grundstücke mit umfassenden Nachlasse die Ehefrau zuzuziehen verpflichtet sei. Der gleichen Rechtsansicht hat sich auch die Praxis der Gerichtshöfe bisher nicht abwendig gezeigt, indem namentlich vom Kammergerichte als Beschwerdeinstanz in der Verfügung vom 6. März 1873 (Johow, Jahrb. für endgiltige Entsch. der preuß. App.-Gerichte 4 S. 72) ausgesprochen ist, daß es der Auflassung nicht bedarf, um auf den Erbschaftskäufer diejenigen Rechte zu übertragen, welche dem Erbschaftsverkäufer an den Nachlaßgrundstücken zuständig waren. Gleicher Ansicht sind die Kommentatoren der Grundbuchordnung, soweit sie die Frage in den Kreis ihrer Besprechungen gezogen haben (vgl. Turnau, 2. Nachtrag S. 33), und eine vereinzelt dagegen erhobene Stimme (in Koch, Kommentar des ALR., 6. Aufl. Note 26 zu § 474 I 11) erheischt, nach dem Gesagten, um so weniger eine besondere Widerlegung, als sie mit keinem Worte näher zu begründen versucht ist.

Nr. 205. Anh. § 19 zu § 648. Kauf. Besondere Gegenstände. Kauf eines ganzen Vermögens. Vitalitien- (Alimenten-) Kontrakt.*)

a. Präj. 1008 v. 26. April 1841; ObTr. 7 S. 67.

b. Erk. v. 3. Mai 1866; StrA. 63 S. 165.

c. Erk. v. 27. Febr. 1877; ObTr. 79 S. 153.

Im Falle a. hatte A. bei der Auseinandersetzung mit seinen Kindern erster Ehe die Zahlung einer bestimmten Summe als mütterl. Erbtheil in jährlichen Raten übernommen, sodann aber durch einen als Kauf- und Ueberlassungsvertrag bezeichneten Vertrag sein ganzes Vermögen, ohne die Erbtheile

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 368, 397_4; Dernburg 2 § 65 Nr. 1, § 160_{25}; Förster (Eccius) 1 § $102_{22, 57}$; 2 § 129_{43}. — Wie durch den Erbschaftskauf die Erbschaft als universitas juris mit allen Rechten und Pflichten auf den Käufer, der dadurch Universalsuccessor des Erblassers wird, übergeht, so soll nach Anh. § 19 die Uebertragung

zu erwähnen, an seine zweite Ehefrau für ihr Eingebrachtes, die **Uebernahme gewisser Schulden** und lebenslängliche vollständige Alimentation überlassen. Als eines der Kinder gegen die Ehefrau auf Zahlung des Erbtheils aus dem Vermögen klagte, wies der 2. Richter mit Bezug auf § 75 I 5 ab. Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt. — Im Falle b. hatte die Wittwe D. durch Vertr. v. 11. Sept. 1858 ihr gesammtes Vermögen ihrer Stieftochter mit Lust und Last zum Eigenthum übertragen, sich aber Niessbrauch und Verwaltung auf Lebenszeit vorbehalten; die Naturalübergabe sollte nach ihrem Tode erfolgen. Nach ihrem Tode nahm ein Gläubiger der D. die Stieftochter auf Zahlung in Anspruch. In 2. u. 3. Instanz ist verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. durch notariellen Vertr. v. 22. Sept. 1875 dem B. sein gesammtes **gegenwärtiges und künftiges** Vermögen gegen Unterhalt und standesmässige Beerdigung übertragen. Die Erben des A. klagten gegen B. auf Herausgabe, weil der Vertrag ungültig. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen.

Gründe: a. 1) Der zweite Richter behauptet nicht, daß der Ueberlassungsvertrag eine Festsetzung **zum Vortheil des Klägers** wirklich enthalte, sondern er spricht nur die Meinung aus, daß der Vertrag einen solchen Vortheil gewähren würde, wenn Kläger daraus gegen die Stiefmutter, als Schuldnerin, zu klagen befugt wäre. Er wendet daher den § 75 I 5 unrichtig auf eine Voraussetzung an, die demselben nicht zum Grunde liegt, nämlich auf den Fall, wenn eine dritte Partei sich Vortheile, namentlich ein Klagerecht, aus dem Vertrage beimißt, während doch der § 75 nur von dem Falle handelt, wenn **der Vortheil eines Dritten ausdrücklich Gegenstand der Festsetzungen des Vertrages ist.** Dieser Fall ist aber hier so wenig vorhanden, daß vielmehr gerade umgekehrt durch den Vertrag etwas **zum Nachtheile des Klägers** beabsichtigt wurde. Hiernach durfte der zweite Richter zur Unterstützung seiner Ansicht, daß dem Kläger, der Verklagten gegenüber, die Legitimation zur Sache fehle, sich nicht speziell auf den § 75 I 5 beziehen, sondern er mußte jene Ansicht aus dem allg. Grundsatz, aus welchem auch der § 75 gefolgert ist, herleiten, **daß nämlich nur diejenigen Parteien, die den Vertrag mit einander geschlossen haben, aus demselben Rechte und Verbindlichkeiten erlangen,** nicht aber dritte Personen, die an dem Abschluß des Vertrages nicht Theil genommen. Dieser allg. Grundsatz folgt aus dem Begriff und Wesen des Vertrages, §§ 1 ff. I 5 ALR.; l. 1 § 2 D. 2, 14,

---

eines ganzen Vermögens in der Form des Vitalitien- oder Alimentenvertrages gesetzlich als Uebertr. qua univ. juris gelten, d. h. der Uebernehmer nicht blos aktiv berechtigt, sondern auch passiv, und zwar direkt verpflichtet werden, soweit das Vermögen reicht. Als Universalsuccession ist dies nicht zu denken, aktiv gewiß nicht, weil der Uebernehmer nur **in das vorhandene** Vermögen succedirt, das Gesetz auch keinerlei Anhalt dafür giebt, daß der Vitalitienvertr. als **unmittelbare** Erwerbsart gedacht. Deshalb besteht darüber kein Streit, daß **der Eigenthumserwerb** wie bei jedem anderen Titel die Uebergabe bez. die Auflassung erfordert, während für die Forderungen der Vertr. die Cession in sich enthält. Daraus rechtfertigt sich auch das Erk. c., durch welches der Vit.Vertr. über ein ganzes gegenwärtiges **und zukünftiges** Vermögen für unzuläßig erklärt, wenn er nicht in der Form des Erbvertr. erfolgt. Auch nach der **passiven** Seite begründet der Vit.Vertr. keine Universalsucc., weil der Uebernehmer nur für die z. Z. des Vertrages vorhandenen Schulden verhaftet wird; er wirkt ähnlich, insofern der Uebernehmer mit dem übernommenen Vermögen haftet, ähnlich wie Schuldübernahme, insofern der Uebernehmer als zweiter, neuer Schuldner in die Schuldverhältnisse eintritt, ohne daß der Uebertragende ausscheidet, nur daß der Uebernehmer nicht zugleich **persönlich** mit dem eigenen Vermögen haftet. Vgl. Erk. a., c. In OHG. 12 S. 294 ist dahin gestellt, ob Universalsucc. oder nur ein ihr ähnliches Verhältniß begründet wird. In dem Falle hatte A. 1870 sein ganzes Vermögen an B. übertragen, B. 1871 eine Schuld kontrahirt und 1872 das Vermögen an A. zurückübertragen. Die Klage gegen A. aus der Schuld des B. ist abgewiesen; durch die Rückübertragung konnte gewiß keine Haftung für die Schuld des B. für A. aus dem Gesichtspunkt der Universalsucc. oder sonst begründet werden.

und wird im § 75 auf den speziellen untergeordneten Fall angewendet, wenn der Dritte bei dem Vertrage insofern betheiligt ist, als derselbe ausdrücklich dessen Vortheil bezweckt. Es leuchtet ein, daß, wenn selbst derjenige Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag geschlossen ist, kein Recht aus dem letzteren erwirbt, noch viel weniger derjenige Dritte ein solches Recht für sich in Anspruch nehmen kann, dessen in dem Vertrage gar nicht erwähnt und dessen Vortheil nicht beabsichtigt worden ist. Diesen allg. Rechtsgrundsatz hätte daher der zweite Richter seiner Entscheidung zum Grunde legen sollen; soweit dagegen dieselbe aus dem § 75 a. a. O. geschöpft ist, muß sie für verfehlt und nichtig erachtet werden.

2) Aus Anh. § 19 folgert Kläger ein ihm unmittelbar durch das Gesetz verliehenes Recht, wegen der Forderung an seinen Vater, nachdem derselbe sein gesammtes Vermögen durch einen Ueberlassungs- und Vitalitien-Vertrag seiner Ehefrau übertragen hatte, die Letztere auf Bezahlung der Schuld in Anspruch zu nehmen. Der zweite Richter erkennt dies Recht nicht an, sondern ist der Meinung, daß Kläger, als Dritter, der den Vitalitien-Kontrakt nicht mit abgeschlossen hat, sich wegen seiner Forderung nur an seinen Vater selbst, als ursprünglichen Schuldner, halten könne, und daß nur dem Letzteren freistehe, dieserhalb nach § 19 Anh. seine Ehefrau in Anspruch zu nehmen.

Der Sinn des Anh. § 19 ist allerdings nicht unzweifelhaft; wenn man indeß auf das demselben zum Grunde liegende Reskr. v. 11. Jan. 1796, N. C. C. Bd. X S. 1877, Nachtrag 1798 Nr. 18,*) und die darin mitgetheilte Entscheidung der Gesetzkommission zurückgeht, so erscheint die Ausführung des Klägers gerechtfertigt. Es war die Rechtsfrage aufgeworfen worden: ob und inwiefern derjenige, dem ein ganzes Vermögen durch einen Vitalitien- und Alimenten-Kontrakt übertragen worden, für die vorher kontrahirten Personalschulden des vorigen Besitzers dieses Vermögens verhaftet sei.

Die Gesetzkommission entschied die Frage dahin: „daß derjenige, welchem ein ganzes Vermögen durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Kontrakt übertragen worden, für alle vorher kontrahirten Schulden desjenigen, von welchem er das ganze Vermögen erhält, insofern haften müsse, als dieses Vermögen zur Bezahlung der Schulden hinreicht.“

Diese Entscheidung schrieb das gedachte Reskript zur Nachachtung sowohl in

---

*) Auch Rabe, Samml. 3 S. 228.

Die ratio des Gesetzes ergiebt sich aus der im Erk. a. (vgl. auch PlPräj. 2747; ObTr. 55 S. 285 zu I 19) mitgetheilten Entstehungsgeschichte. Während beim Leibrentenvertrage, §§ 641 ff., der Gläubiger in der Rente zunächst ein Befriedigungsobjekt hat und deshalb bei wirklicher Benachtheiligung auf die Anfechtung verwiesen wird, erscheint bei dem Vitalitienvertrag, der dem Gläubiger regelmäßig nichts übrig läßt, woran er sich halten könnte, die Verweisung auf die Anfechtung oder die Ueberweisung der Ansprüche des Veräußerers an den Uebernehmer unbillig und nichtentsprechend weder der Absicht noch dem Interesse der oder des Kontrahenten. Deshalb hat die Praxis aber auch daran festgehalten, daß die direkte Klage gegen den Vermögenserwerber außer im Fall des Erbschaftskaufs (und der Schenkung eines ganzen Vermögens, § 1087) nur bei solchem Erwerb eines ganzen Vermögens gegeben, bei dem die Merkmale des Vit.Vertr. vorliegen, kein anderes oder wenigstens wesentlich kein anderes Aequivalent vom Käufer gegeben wird, als Unterhalt, Alimente, Verpflegung, Unterkunft. So Erk. b. und das daselbst angezogene Erk. StrA. 52 S. 259, wo übrigens ein Vertrag ganz gleichen Inhalts wie im Erk. b. vorlag, der Uebernehmer aber vor dem Tode des Uebertragenden, welcher Besitz und Abnutzungsrecht behalten hatte, in Anspruch genommen wurde. Ebenso OHG. 13 S. 382, wo A. 1872 sein gesammtes Vermögen mit Lust und Last an seine Ehefrau gegen ein (nicht näher ersichtliches) Aequivalent übertragen hatte und die Ehefrau daraufhin aus Wechseln des Ehemanns in Anspruch genommen wurde, was abgelehnt wurde. Ob Vit.Vertr. vorliegt, wird konkret zu prüfen sein. In OHG. 3 S. 368 hatte A. sein gesammtes Mobiliar- und Immobiliarvermögen an seinen Sohn verkauft, ein Kaufpreis war festgesetzt, von demselben aber nur ein verhältnißmäßig geringer Theil baar gezahlt, der Rest durch Uebernahme von Hyp. getilgt, dem Vater daneben der Zinsgenuß

Ansehung früherer, als späterer Fälle vor mit den Worten: „Dasjenige, was das ALR. I 11 § 641 in Ansehung der eigentlichen Leibrenten statuirt, kann auf den Fall, wo ein ganzer Vermögens-Inbegriff durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Kontrakt übertragen wird, nicht extendirt werden, weil bei dem Leibrenten-Kontrakt der Gläubiger des Käufers der Leibrente in dem übrigen Vermögen des Schuldners und eventuell an der Leibrente selbst noch immer ein objectum executionis behält, wo hingegen bei der Uebertragung eines ganzen Vermögens-Inbegriffs gegen das bloße onus der Alimentation die früheren Gläubiger offenbar gefährdet sein würden, wenn man nicht auch hier den Grundsatz annehmen wollte, daß unter Vermögen nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden werden könne."

In diesem Reskript und der demselben vorangegangenen Entscheidung der Gesetzkommission ist nun zwar ebensowenig als in dem daraus entnommenen § 19 Anh. ausdrücklich bestimmt, daß der Gläubiger des Uebertragenden, des Alimentenempfängers, ein Recht haben solle, seinen Anspruch unmittelbar gegen den Uebernehmer der Vermögensmasse, den Alimentenzahler, geltend zu machen; es scheint dies vielmehr mit dem oben unter 1) erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsatz unvereinbar und auch mit der gewöhnlichen gesetzlichen Ordnung nicht übereinstimmend, wonach der Gläubiger zunächst seinen Schuldner belangen muß, und der dritte Uebernehmer, wenn er nicht ausdrücklich als Selbstschuldner eingetreten ist, erst nach rechtskräftiger Feststellung der Schuld zur Verhaftung an die Reihe kommen kann. Allein andererseits läßt sich nicht verkennen, daß die Absicht des Gesetzgebers allerdings dahin ging, daß die Schuldansprüche dem Uebernehmer des ganzen Vermögens folgen sollen, indem ja der Gesetzgeber unter Vermögen nur dasjenige verstanden wissen will, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, womit angedeutet wird, daß der Uebernehmer der Masse selbst für die Schuldansprüche aufkommen, sich darauf im Prozeß einlassen soll. Die Ausführung der Schuldansprüche gegen den Abtreter des Vermögens und beziehungsweise seine Erben wird nicht für erforderlich gehalten. Für diese Auslegung spricht die Stellung der Worte im Tenor der Entscheidung der Gesetzkommission, wie ihn das Reskript mittheilt, und noch mehr der Schluß des Reskripts, wo es heißt: „Uebrigens ist es die Sache desjenigen, der auf ein solches gewagtes Geschäft sich einläßt, wie er sich gegen den Nachtheil aus Verschweigung früherer Schulden zu decken gedenkt, wozu ihm allenfalls auch Ausbringung der Ediktalcitation, jedoch nicht cum effectu praeclusionis gestattet werden kann."

Wenn daher der Anh. § 19 auf den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar

---

von drei Häusern und lebenslängliche freie Station und Wohnung bedungen, übrigens ausdrücklich die Uebernahme der Schulden stipulirt. Das OHG. hat darin Vit.Vertr. gefunden, weil es einflußlos, ob der Uebertragende unter dem Titel eines Kaufpreises sich neben den Vitalitien noch geringe Summen oder Nutzungen ausmacht. Grundsätzlich sind wie die Vit.Vertr. die s. g. Uebertragsverträge zwischen Eltern und Kindern behandelt, in denen erstere ihr Vermögen mit oder ohne kleine Reservate einem Kinde gegen Leibgedinge und Abfindungen an die Geschwister übertragen. Vgl. das PlPräj. ObTr. 55 S. 285 zu I 19 u. zu § 656 I 12.

Die Uebertragung des ganzen Vermögens in der Form des Vit.Vertr. hat, wie Erk. a. darlegt, als solche die Wirkung, daß der Uebernehmer in die zur Zeit des Vertrages bestehenden Schuldverhältnisse eintritt und den Gläubigern neben dem Verkäufer unmittelbar haftet, aber nur mit dem überkommenen Vermögen. Es ist ihm deshalb der Beweis, daß er das Vermögen zur Tilgung von Schulden verwendet, nicht abzuschneiden; die Beweislast trifft ihn aber selbstverständlich. Die Verpflichtung des Uebernehmers beschränkt sich, wie zuerst im Präj. 2060; ObTr. 16 S. 509 (ohne Gründe), ausgesprochen, nicht auf solche Schulden, welche durch Zahlung zu tilgen, — daß dazu auch Wechselansprüche gehören, ist nicht bedenklich, ebensowenig ihre Verfolgung im Wechselprozeß, StrA. 56 S. 203, — sondern erstreckt sich auf persönl. u. dingl. Verpflichtungen aller Art. Vgl. eine Anwendung in ObTr. 74 S. 265, Erk. a. Nr. 181 Bd. I S. 1029, 1031; ferner StrA. 9 S. 96, wo A. seinem Sohne sein ganzes Vermögen übertragen, nach dem Tode desselben den Nachlaß in Besitz genommen und dem B. durch Vit.Vertr. übertragen hatte. Die Klage der Erben des Sohnes A. gegen B. auf Manifestirung und Herausgabe des Nachlasses ist durchgedrungen. Aehnliche

ist, so kann der Kläger aus demselben die Verklagte allerdings unmittelbar in Anspruch nehmen, und der zweite Richter, welcher das Gegentheil ausführt, hat dadurch ebenfalls gegen einen Rechtsgrundsatz verstoßen. Denn der Ueberlassungs-Vertrag ist, wenn gleich das Geschäft in der Urkunde auch Verkauf genannt wird, seinem Wesen nach nichts Anderes, als ein Vitalitien- und Alimenten-Kontrakt, da die von der Verklagten übernommene Pflicht der Alimentation ihres Ehemannes, wo nicht die alleinige, doch die hauptsächlichste Gegenleistung ist. In dem Vertrage wird zwar als Ueberlassungspreis der Betrag des Eingebrachten der Frau und der namhaft gemachten Schulden des Ehemannes bezeichnet; allein dies Pretium fällt mit dem gesetzlich sich von selbst verstehenden Abzug der Schulden zusammen, so daß eigentlich nur die Uebertragung der Masse einer- und die Verabreichung der Alimente andererseits als Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen.

Gründe: b. Aus der Entstehungsgeschichte des Anh. § 19 hat man allerdings den Grundsatz herzuleiten versucht, daß der § 19 ein allg. Prinzip für Uebertragungsverträge eines ganzen Vermögens ausspreche, wobei der Umstand, daß es sich zufällig in dem von der Gesetz-Kommission entschiedenen Falle um eine solche Ueberlassung vermittelst eines Vitalitien- und Alimenten-Vertrages gehandelt habe, nicht von Gewicht sei. Denn der Erwerber des Gesammtvermögens wäre gewissermaßen als successor universalis des Ueberlassers anzusehen; der Grundsatz, Vermögen sei das, was nach Abzug der Schulden übrig bleibe, hinge nicht von dem Aequivalent ab, welches für die Uebertragung des Vermögens gewährt werde; und der offenbare Zweck, die Gläubiger des Uebertragsgebers zu schützen, greife nicht nur bei Vitalitien- und Alimenten-Verträgen, sondern bei allen Uebertragungen eines Vermögens-Inbegriffs Platz. In dieser Allgemeinheit erscheint dieses jedoch nicht richtig.

Wenn Kläger für seine Interpretation des § 19 a. a. O. sich auf das Erk. des ObTr. v. 9. Jan. 1837, Ulrich, Neues A. IV S. 513, stützen will, so kommt ihm dieses nur insofern zu statten, als der betreffende Vertrag dort für einen Vitalitien- oder Alimenten-Vertrag erklärt worden ist. Was die Ausführungen der Gesetz-Revisoren, GesRev. Pens. XIV S. 111, 112 anbelangt, so wird dort erwähnt: das Konklusum der Gesetz-Kommission spreche sich noch deutlicher, wie der § 19 Anh., darüber aus, daß derjenige, der das ganze Vermögen übernehme, für die Schulden hafte; ferner: daß, sobald eine solche Vermögens-Uebertragung durch einen Vertrag unter Lebenden stattfinden solle, sie ebensowohl gegen jedes andere Aequivalent, als

---

Fälle sind in StrA. 19 S. 209; ObTr. 39 S. 200, 211 (StrA. 30 S. 236); 46 S. 177, 185; 62 S. 397 (StrA. 76 S. 57) behandelt, wo es sich um Manifestation zum Zweck der Abschichtung eines unabgefundenen Kindes des Uebertragenden und um Zahlung bezw. Ergänzung des Schichttheils der Kinder des Uebertragenden in Fällen handelt, wo nach der provinzialrechtl. GG. der überlebende Ehegatte mit den Kindern in Gemeinschaft geblieben und zur Abschichtung verpflichtet. Wie beim Erbschaftskauf, ObTr. 18 S. 232 unt. Nr. 204, kann auch beim Vit.Vertr. der Uebernehmer nicht conf. einwenden, wenn der Gläubiger nach dem Abschl. des Vit.Vertr. Erbe des Vermögensübertragers wird, weil der Uebernehmer aus dem Vertrage, nicht als Erbe in Anspruch genommen wird. In StrA. 13 S. 382 (ObTr. 28 S. 75 unt. Nr. 178 Bd. I S. 990, 991) schuldete A. dem B. eine verzinsliche Summe. B. setzte die Söhne des A. zu Erben, während die Ehefrau A. den Nachlaß des B. als Nießbraucherin erhielt. Nach dem Tode der Ehefrau nahm A. den Nachlaß in Besitz und übertrug sein ganzes Vermögen durch Vit.Vertr. seinem ältesten Sohne. Als demnächst der jüngere Sohn den älteren auf Zahlung der Hälfte der Schuld in Anspruch nahm, berief dieser sich auf confusio, weil sie beide Erben des inzwischen verstorbenen A. geworden. Dies ist verworfen.

In dem zu I 19 mitgetheilten PlPräj. ObTr. 55 S. 285 ist aus der rechtl. Natur des Vit.Vertr. eine noch weiter gehende, mit Rücksicht auf den § 12 des EigenthGes. u. den § 73 GrundbO. noch jetzt praktisch bedeutsame Konsequenz gezogen. Es handelte sich um die spezielle Frage, ob die im Hyp.-Patent v. 22. Mai 1815 (GS. S. 185), V. v. 31. März 1834 (GS. S. 47), V. v. 22. März 1844 (GS. S. 71) enthaltenen Vorschrift, wonach Realberechtigte, die ihren Anspruch nicht in der bestimmten Präklusivfrist angemeldet, sich nach Ab-

gegen eine Leibrente erfolgen könnte, weshalb es ein Zufall sei, daß die Wirkungen dieses Geschäfts bei einem Vitalitien-Vertrage zur Sprache gekommen wären.

Dagegen ist aber Folgendes zu bemerken: Wenn Zweifel, die bei Entscheidung eines speziellen Falles entstanden waren, für den Gesetzgeber als Veranlassung zum Erlaß eines besonderen Gesetzes sich darstellten, so folgt hieraus nicht, daß derselbe gewillt gewesen ist, anstatt der gesetzlichen Normirung des vorliegenden bestimmt genannten Rechtsverhältnisses eine generelle Regel zu geben; man muß vielmehr daraus, daß eine generelle Regel nicht ausgesprochen wurde, mit Zuverlässigkeit entnehmen, daß sie nicht in der Intention des Gesetzgebers gelegen hat.

Der Anh. § 19 enthält eine Ausnahme von den Vorschriften des ALR. über Leibrenten für den Fall, wo ein ganzer Vermögens-Inbegriff durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Kontrakt übertragen wird. Von anderen Arten solcher Vermögens-Uebertragungen ist daselbst nicht die Rede, und konnte es auch an dieser Stelle nicht sein, da Uebertragungen ganzer Vermögens-Inbegriffe in den allerverschiedensten Vertragsformen möglich sind. Eben wegen dieser großen Verschiedenheit hat der Gesetzgeber das Aufstellen einer allg. Regel vermieden und lediglich für Vermögens-Ueberlassungen durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Kontrakt, der allerdings Aehnlichkeit mit Leibrentenverträgen hat, eine Bestimmung getroffen. Die Rücksicht für die Gläubiger des Uebertragsgebers ist nicht der ausschließliche Gesichtspunkt, welcher bei Vermögens-Ueberlassungen in Betracht kommt, und es darf nicht unerwähnt bleiben, daß, wiewohl diese Gläubiger, abgesehen von den im Anh. § 19 aufgeführten Verträgen, kein direktes Recht gegen den Vermögens-Erwerber haben, die Berichtigung ihrer Forderungen zu verlangen, sie doch anderweitig mehrfach, z. B. durch die Gesetzesvorschriften wegen der Verträge zahlungsunfähiger Schuldner, die Vorschriften der KonkO. &c. geschützt sind. Es ist denn auch durch das Erk. StrA. 52 S. 259 anerkannt worden, daß es keine Verletzung des Anh. § 19 enthält, wenn das danach dem Gläubiger des Abtretenden ausnahmsweise unmittelbar gegen den Uebernehmer zustehende Klagerecht nicht bei jeder Uebertragung eines gesammten Vermögens, sondern nur bei einer solchen, durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Vertrag bewirkten, statuirt wird. Es muß aber in jedem konkreten Falle geprüft werden, ob ein derartiger Vertrag als vorhanden anzunehmen.

Der zweite Richter sagt in dieser Hinsicht nur: „daß ein wirklicher Uebertrags-Vertrag des ganzen Vermögens vorliegt, ist nach den §§ 1, 2 des Vertrags nicht zu bezweifeln, deshalb die Passivlegitimation begründet;" und es könnte danach den

---

lauf der Frist an das belastete Grundstück nur halten könne, sofern es noch in den Händen des Schuldners oder dessen Erben, auch auf den Fall des Uebertragsvertr. (§ 656 I 12) oder Vit.Vertr. anzuwenden, der Uebernehmer als Dritter, oder als dem Erben des Schuldners gleichstehend zu erachten. Das Pl. hat Letzteres angenommen, weil der Uebernehmer zwar nicht als Erbe und in dieser gewöhnlichen juristischen Bedeutung als Universalsuccessor, aber als Nachfolger in den Inbegriff des Vermögens als univ. juris auch nicht als Dritter anzusehen sei, da er dem Berechtigten aus der Uebertragung des Vermögens unmittelbar verhaftet werde. Vgl. näher bei I 19.

Aus der unmittelbaren Haftung des Uebernehmers folgt dagegen ebensowenig wie beim Erbschaftskauf, ObTr. 47 S. 360 unt. Nr. 204, daß das Judikat gegen den Uebertragenden als solches auch gegen den Uebernehmer wirkt; StrA. 20 S. 70; 53 S. 200. A. hatte gegen B. Judikat auf 100 erstritten, nachdem B. sein Vermögen während des Prozesses an C. durch Vit.Vertr. übertragen. A. klagte aus dem Judikat gegen C., wurde aber gegen beide Instanzen abgewiesen, um aus dem ursprüngl. Schuldgrunde zu klagen, weil § 9 I 24 über die Litigiosität unanwendbar, was nicht bedenklich war, unt. Nr. 181 Bd. I S. 1035, A. sich auf das Judikat auch umdeswillen nicht berufen könne, weil C. nur für die z. Z. des Vertrages bestandenen Forderungen verhaftet, das Judikat erst nachher ergangen. In StrA. 97 S. 218 ist dagegen die Wirkung des früher ergangenen Judikats auch gegen den Uebernehmer angenommen, weil das Recht des Gläubigers bei der eigenartigen Natur der Uebertragung des Gesammtvermögens an dem Vermögen auch in seiner judikatmäßigen Qualität hafte. Dies konstruirt eine ungerechtfertigte Dinglichkeit des Judikatanspruchs. Vgl. jetzt § 665 CPO.

Anschein gewinnen, als wenn er den § 19 auf alle Uebertragungs-Verträge eines ganzen Vermögens für anwendbar hielte, was eine zu weite Ausdehnung desselben involviren würde. Mit Rücksicht auf die von dem zweiten Richter allegirten Bestimmungen des Vertrages ist aber eine Verletzung des § 19 nicht als vorhanden zu betrachten.

Das ALR. giebt keine Definition der Vitalitien- oder Alimenten-Verträge, und ebensowenig wird eine solche im Anh. § 19 gegeben. Dieselben sind dem Röm. R. fremd, kommen aber häufig im Deutschen R. vor, wo sie sich meistens als eine antizipirte Erbfolge darstellen. So war es denn nach dem Eingange der Verhandlung v. 10. Sept. 1858 auch Anfangs die Absicht der Wittwe D. gewesen, ein Testament zu errichten, und an Stelle eines solchen wurde der Vertrag von dem gedachten Tage abgeschlossen. Nach § 1 desselben übertrug die Wittwe D. ihrer Stieftochter ihr sämmtliches Vermögen mit Lust und Last zum Eigenthum. Den Nießbrauch und die unumschränkte Verwaltung behielt sie sich jedoch auf Lebenslang vor. Auch die Natural-Uebergabe des Vermögens sollte erst mit dem Tode der Wittwe D. stattfinden, und der Ersteren in gewissen Fällen der Rücktritt von dem Vertrage freistehen. Im § 3 des Vertrages wird dann noch näher bemerkt, welche Gegenstände zu dem übertragenen Vermögen gehören.

Darüber, daß durch den fraglichen Vertrag ein ganzer Vermögens-Inbegriff übertragen wurde, waltet kein Zweifel ob. Es ist dieses aber auch durch einen Vitalitien-Kontrakt geschehen. Die Wittwe D. behielt vertragsmäßig auf ihre Lebenszeit den Nießbrauch und die unumschränkte Verwaltung des Vermögens-Inbegriffs vor, und erst mit ihrem Tode wurde das daran übertragene Eigenthum in jeder Beziehung wirksam. Die Absicht des Gesetzes ist nicht, den Schuldner zu ermächtigen, sich für sein Leben den vollen Genuß des Vermögens zu sichern und dabei zugleich dieses den Gläubigern völlig zu entziehen; sondern die Tendenz des Anh. § 19 besteht gerade darin: unter Anwendung des Grundsatzes, daß unter Vermögen nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden werden kann, für Fälle der vorliegenden Art das Interesse der Gläubiger dadurch zu schützen, daß der Uebernehmer des Vermögens die Schulden des Uebertragsgebers berichtigen muß. Es läßt sich mithin dem App.-Richter eine unrichtige Anwendung des § 19 nicht vorwerfen.

G r ü n d e: c. Wenn die Verklagten meinen, der Ausdruck im Vertrage: „das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen" sei nur eine ungenaue Bezeichnung des b e i d e m V e r t r a g s a b s c h l u s s e vorhandenen Vermögens, so fehlt bei

---

Nach der aktiven Seite ist der Vit.Vertr. ein Titel zum Eigenthumserwerb, der in Verbindung mit Uebergabe bezw. Auflassung das Eigenthum nach den allgem. Regeln schafft, als tit. int. vivos auch für die Ersitzung gilt. Ueber die Frage, ob mit dem Eigenthumserwerb auch die etwa vorhandene kontraktl. Verpflichtung des Auktors, die an sich auf den Uebernehmer übergegangen, getilgt, vgl. das bejahende Erk. e. Nr. 183 Bd. I S. 1046, 1061. Jedenfalls wird der Eigenthumserwerb, z. B. durch Aufl. nach den Grundsätzen des EigenthGes., durch die Wirkungen des Vit.Vertr. nach der passiven Seite nicht gehindert. In dieser Beziehung ist in StrA. 20 S. 65 die Wirkung der Succ. aus dem Vit.Vertr. als Universalsucc. abgelehnt. A. hatte an seinen Sohn sein Kolonat übertragen (durch einen Vertrag, der übrigens nicht Vit.Vertr. war), der Besitztitel war für den Sohn berichtigt, auch die Uebergabe erfolgt. Als B. eine nach dem Hyp.-Buch zu dem Kolonat gehörige Parzelle vindizirte, berief A. jun. sich auf §§ 7, 8 I 10 und seinen guten Glauben, u. drang damit durch, obwohl B. replizirte, daß A. jun. wie ein Universalsuccessor seines Vaters verpflichtet. Das ObTr. hat dies verneint, weil, auch wenn Vit.Vertr. angenommen werde, derselbe nur einen singulären Erwerbstitel bilde, vertragsmäßige Universalsucc. nur durch Erbvertr. zu ermöglichen, der Anh. § 19 nach dieser Richtung keine Ausnahme statuire. Vgl. Erk. c.

Für die Anwendung der §§ 637—639 h. t. über die Anfechtung wegen Pflichttheilsverletzung auf den Vit.Vertr. fehlt jeder Anhalt. So ObTr. 64 S. 67, wo A. sein Vermögen gegen lebenslängliche Verpflegung an B. übertragen und der Erbe des bald darauf verstorbenen A. ein demselben gehöriges, vom Schuldner nach dem Tode des A. hinterlegtes Kapital aus § 639 h. t. für sich in Anspruch nahm, ohne Erfolg. Vgl. zu § 656 I 12 ObTr. 59 S. 247; StrA. 76 S. 324; ObTr. 62 S. 397 (StrA. 76 S. 57).

der Unzweideutigkeit der Worte für diese Ansicht jeder Halt. Die Ausführungen des zweiten Richters, daß eine derartige Uebertragung des zukünftigen Vermögens in der Form eines Vitalitienvertrages unzulässig ist, erscheinen durchaus zutreffend. Durch einen solchen Vertrag läßt sich wohl das gesammte gegenwärtige Vermögen als faktischer Inbegriff (universitas facti), nicht aber auch das gesammte zukünftige Vermögen auf den Uebernehmer übertragen. Ein Vitalitienvertrag hat stets eine Singular- und nicht eine Universalsuccession zur Folge, obgleich der Uebernehmer den Gläubigern nach den Kräften des übernommenen Vermögens unmittelbar gerecht werden muß, Anh. § 19; StrA. 20 S. 65; 53 S. 200. Die Ueberlassung des ganzen künftigen Vermögens kann aber auch in einem Vitalitienvertrage keinen anderen Sinn haben, als daß dasselbe in dem Zustande, wie es sich bei dem Tode des Ueberlassenden befinden wird, d. i. der Nachlaß des Gebers auf den Uebernehmer, wie auf einen Erbberechtigten übergehen soll, wenn man nicht annehmen will, daß der Ueberlassende Alles, was er in Zukunft erwirbt, sofort nicht für sich, sondern für den Uebernehmer, wie ein Mandatar für den Mandanten, erwirbt und jedes Veräußerungs- und Entäußerungsrecht darüber verliert; mit anderen Worten: für seine Person sich gänzlich erwerbsunfähig macht. Dies ist juristisch nicht denkbar. Kann aber die Uebertragung des gesammten zukünftigen Vermögens nicht als eine dispositio inter vivos, sondern nur als dispositio mortis causa aufgefaßt werden, so gehört, wenn unter Lebenden kontrahirt wird, zu ihrer Gültigkeit die Form der Erbverträge, welche der gerichtlichen Form bedürfen, §§ 617, 621 I 12 ALR. Als eine Verfügung von Todeswegen läßt sich also der notarielle Vertrag nicht aufrecht erhalten, weil die vorgeschriebene Form fehlt, und als ein Vertrag unter Lebenden kann er nicht bestehen, weil Verträge dieser Art Bestimmtheit des Gegenstandes erfordern, § 71 I 5 ALR., der vorliegende Vertrag rücksichtlich des überlassenen zukünftigen Vermögens aber jeder gegenständlichen Bestimmtheit ermangelt und in Betreff der Erfüllung lediglich der Willkür des Verpflichteten überlassen ist. Von dieser Unbestimmtheit wird ein wesentlicher Bestandtheil des Vertrages betroffen und ist daher der ganze Vertrag ungültig.

Ob eine solche Unbestimmtheit auch im Falle der Schenkung eines ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens auf die Gültigkeit derselben von Einfluß ist, oder nicht, — welche Frage der App.-Richter anscheinend im Widerspruche mit dem Erk. ObTr. 43 S. 128 bejaht, — kann dahin gestellt bleiben, da es sich hier nicht um eine Schenkung, sondern um einen zweiseitigen, auf beiden Seiten lästigen Vertrag handelt.

Nr. 206. §§ 527 ff., 546, 547 ff., 569 ff., 577, 578, 579—581, 582 ff. Kauf. Besondere Gegenstände. Gewagte Geschäfte. emptio spei, rei speratae. Spiel. Wette.*)

a. Erk. v. 14. Jan. 1873; ObTr. 68 S. 360.

b. Erk. v. 14. Nov. 1865; StrA. 60 S. 272.

c. Erk. v. 25. Sept. 1873; ObTr. 71 S. 25 (StrA. 92 S. 47).

Im Falle a. hatte A. 1858 ein Patent auf einen Ziegelbrennofen bis 27. Mai 1873 erhalten und dem B. durch Vertrag von 1869 die Ausbeutung gegen eine bestimmte Vergütung pro Tausend Ziegelsteine bis zum Ablauf des Patents

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 322, 385_5, 419, 420; Dernburg 2 § 134_9, §§ 158, 159; Förster (Eccius) 2 § 128 F., § 133. — Vgl. I 5 § 139. Der 6. Abschn. Tit. 11

überlassen, in einem Abkommen v. 8. Jan. 1870 aber gegen Zahlung von 1200 Thlrn. sich für abgefunden erklärt. Im August 1870 wurde das Patent, weil der patentirte Ofen schon vorher von V. konstruirt, aufgehoben. B. berechnete, was er an Ziegeln wirklich bis zur Aufhebung des Patents fabrizirt, was an A. dafür zu zahlen gewesen und forderte zurück, was er mehr gezahlt, weil A. das Patent erschlichen, das Abkommen v. 8. Jan. 1870 wegen wesentlichen Irrthums ungültig, als gewagtes Geschäft anzusehen, A. vorher durch einen Brief des V. von der Absicht, das Patent zur Aufhebung zu bringen, benachrichtigt worden, was er anzuzeigen unterlassen habe. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle b. klagte A. gegen B. den Kaufpreis für ein Schwein mit der Behauptung ein, es sei, als Streit über das Gewicht entstanden, verabredet, B. solle für jedes Pfund über 280 Pfund Gewicht, 2 Thlr. als Kaufpreis zahlen. Der 2. Richter wies ab, weil Wette vorliege. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hatte A. beim Hazardspiel an B. eine Uhr für 150 verkauft und übergeben, 48 erhalten, weiter gespielt, noch 102 an B. verloren, welche gegen den Kaufpreis verrechnet wurden. Als A. die 102 trotzdem einklagte, wendete B. die compens. ein, welche der 1. Richter als unzulässig nach § 578 verwarf. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage abgewiesen.

Gründe: a. 1) Nach § 527 I 11 ALR. sind gewagte Verträge Verabredungen, Inhalts deren eine gewisse Sache oder ein bestimmter Preis gegen die Hoffnung eines künftigen, noch ungewissen Vortheiles, oder gegen Ueberlassung künftiger Vortheile, die nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten, aber an sich noch unbestimmt sind, versprochen oder gegeben wird. Das Charakteristische solcher Verträge beruht, wie Gruchot (Beitr. S. 170) richtig bemerkt, darin, daß sie schon vermöge ihrer Natur, also nach der durch ihren Inhalt sich kundgebenden Absicht der Kontrahenten, auf ein Wagniß berechnet sind, so daß jeder sich von vornherein dem Spiele des Zufalles, es bringe Gewinn oder Verlust, unterwirft. Einer Prüfung, ob hiernach der ursprüngliche Vertrag der Parteien ein aleatorischer Vertrag gewesen sei, bedarf es nicht. Denn durch das Abkommen vom 8. Jan. 1870 ist jener Vertrag im Wege der Novation, §§ 454, 455 I 16 ALR. aufgehoben und ein ganz neues Rechtsverhältniß begründet, wobei die Bezugnahme auf den älteren Vertrag nur zur Bestimmung desjenigen, was der Verklagte den Klägern gewähren sollte, diente. Die Sache liegt also genau so, wie wenn der ältere Kontrakt als solcher überhaupt nicht existirt hätte. Das „Abkommen" aber läßt sich nicht in die Kategorie der gewagten Geschäfte bringen. Die Kläger haben dem patentberechtigten Verklagten 1200 Thlr. für die Erlaubniß gezahlt, einen Ofen der patentirten Art zu bauen und in Betrieb zu setzen. Dieses Recht an und für sich bildete das Objekt, welches sie erwerben wollten und erworben

---

behandelt die Kategorie der gew. Geschäfte nach 10 Hauptarten. Das Besondere derselben liegt weder darin, daß der ökonomische Erfolg des Geschäfts unsicher, noch in dem auf Gewinn gerichteten Motiv, sondern darin, daß nach der ausdrücklich erklärten oder sonst klar erhellenden Absicht der Kontrahenten das Objekt des Vertrages nach seinem Existentwerden, oder nach dem Umfange seines Existentwerdens als ungewiß gedacht ist, wobei das Wagen darin liegt, daß derjenige, der wagt, die Gegenleistung schuldig wird, mag das Objekt auch nicht existent oder nicht in dem angenommenen Umfange existent werden. Vgl. Erk. a. In diesem Sinne gehören hierher die emptio spei, §§ 528, 531, die emptio rei speratae, §§ 529, 530, 582 bis 587, wovon §§ 580 ff. den Fall der künftigen, bestimmten, existenten Sache scharf trennen, der Versicherungsvertrag, § 546, § 2024 II 8; OHG. 6 S. 164, 166, 167, der besonders geartete Spiel- und Wettvertrag, Lotterie und das s. g. reine Differenzgeschäft, vorausgesetzt aber, daß von vornherein der ausdrückliche Vertragswille lediglich auf die Differenz gerichtet, keine Partei zum Liefern bezw. Abnehmen berechtigt und verpflichtet sein soll, das beabsichtigte Differenzgeschäft nur in die Form des Lieferungsgeschäfts, Art. 357 ff. HGB., eingekleidet ist, OHG. 6 S. 224; 14 S. 273.

Der Unterschied zwischen emptio spei und rei sper., dem gewagten und dem ökonomisch unsicheren Geschäft tritt in dem Falle des unbedenklichen Erk. a. hervor, bei welchem übrigens

haben; es war unabhängig von der Dauer der Gültigkeit des Patentes, welche Dauer, sei es nun, daß eine Verlängerung oder daß eine Verkürzung derselben in Frage kam, die Kläger gar nicht interessirte. Mochte nämlich das Patent von Staatswegen aufgehoben werden, oder der Verklagte, wozu er zweifellos befugt gewesen wäre, auf das ihm verliehene Privilegium Verzicht leisten, mochte er vielen Personen oder auch einem Jeden die Konstruktion und Benutzung eines Ofens der fraglichen Art erlauben, was zu verhindern rechtlich nicht in der Macht der Kläger lag, in keinem Falle wurde von solchen Vorgängen die auf dem mehrgedachten Abkommen beruhende Rechtssphäre der Kläger berührt.

Von irgend welcher auf ein bestimmtes Wagniß abzielenden Verabredung der Kontrahenten ist nichts erkennbar, insbesondere fehlt die leiseste Andeutung, daß nach ihrer Intention das, gewissen Erwartungen entsprechende Maß des Erfolges, den die Kläger durch den Ofenbetrieb erreichen würden, eine ganz oder theilweise auflösende Wirkung auf das Abkommen üben sollte. Objekt desselben war eben das Recht zum Ofenbetriebe; der daraus zu erhoffende Gewinn steht in zweiter Linie und kann ebensowenig in Betracht gezogen werden, wie bei dem Kaufe eines Ackers die spätere gute oder unergiebige Ernte.

Nach dem Obigen darf die Spezialbestimmung der §§ 539, 540 I 11 keine Anwendung finden, wonach bei gewagten Verträgen jeder Theil verpflichtet ist, alle ihm bekannten Umstände, die nach dem vernünftigen Ermessen der Sachverständigen auf den Entschluß des Anderen, sich in den Vertrag bedungener Maßen einzulassen, hätten Einfluß haben können, anzuzeigen, widrigenfalls der Andere vom Vertrage wieder abgehen und das Gegebene zurückfordern kann. Vom Gesichtspunkte der angezogenen §§ ist es also bedeutungslos, wenn der Verklagte zur Zeit des Abkommens den Empfang des Briefes v. 18. Dez. 1869 verschwiegen hat.

2) In der Klage wird gesagt, das Abkommen v. 8. Jan. 1870 enthalte keinen Vergleich, sondern die Festsetzung einer Pränumerando-Zahlung zwecks Abfindung des Verklagten wegen einer laufenden Abgabe und sei mithin wegen wesentlichen Irrthumes ungültig; die Auffassung des Gegners, es hätten sich die Kläger auch für den Fall der Aufhebung des Patentes unbedingt bis zum 27. Mai 1873 und nicht blos für die wirkliche Patentsdauer, zur Entrichtung der Abgabe verbindlich gemacht, bedürfe keiner Widerlegung. Der App.-Richter vermuthet, daß der Irrthum, dessen Gegenstand nicht genügend angegeben werde, auf die thatsächlich vor dem genannten Tage geschehene Aufhebung des Patentes sich beziehen solle, was in der Revisionsschrift bestätigt wird, und zeigt in zutreffender Weise, daß es sich hier nur um eine Voraussetzung, um einen Beweggrund, nicht aber um einen Irrthum im Wesentlichen des Geschäftes handele. Die Richtigkeit dieser Anschauung wird jedem Bedenken enthoben, wenn man sich die oben nachgewiesene selbstständige, d. h. von

---

zu beachten, daß nicht darüber entschieden, ob dem Kläger keinerlei Anspruch aus der Aufhebung des Patents zustand. Hierhin gehört auch der unt. Nr. 194 mitgetheilte Fall des Verkaufs der Ausbeute bestimmter Kuxe an einem bestimmten Bergwerk, StrA. 27 S. 149, wo weder emptio spei noch rei sper. angenommen. Ebenso unbedenklich lag kein gew. Geschäft in RG. 9 S. 287 vor, wo ein Bankhaus sich verpflichtet hatte, 200 Aktien einer noch nicht eingetragenen Aktiengesellschaft zu bestimmtem Kourse zu liefern, ohne daß irgend etwas dafür vorlag, daß der Käufer auch zahlen sollte, wenn das Aktienunternehmen gar nicht zur Ausführung gelangte. emptio spei ist ferner der Lotterievertrag zwischen Spieler u. Unternehmer, aber nicht der Vertr. zwischen mehreren Spielern desselben Looses über die Theilnahme daran; die Betheiligung ist Gegenstand des Vertrages, der allerdings dadurch nicht unbeeinflußt bleibt, daß die spes Gegenstand der Betheiligung. Vgl. RG. 6 S. 290 unt. Nr. 61 Bd. I S. 242 und unten. Ueber die Rechtsverhältnisse der Spieltheilhaber vgl. zu I 17 §§ 170, 171 u. unt. Nr. 46 Bd. I S. 173 über die Frage, ob das Verbot des Spiels in auswärtigen Lotterien die Klage auf Theilung des Gewinns unter den Theilhabern ausschließt. (Präj. 1939; ObTr. 15 S. 497; StrA. 85 S. 293; RG. 1 S. 115; OHG. 14 S. 220.)

Bedenklich ist ObTr. 52 S. 420 (StrA. 55 S. 91). A. hatte bei dem Bergamt Muthung auf Eisenstein, Blei- und Kupfererz eingelegt und „die Muthung“ vor der Verleihung an B.

dem ersten Vertrage ganz unabhängige Natur des novirenden Abkommens vergegenwärtigt, durch welches die Kläger ein definitives Recht, für dessen Bestand die Dauer des Patentes einen gleichgültigen Umstand darstellte, erworben haben. Dabei mag noch angemerkt werden, daß ein sicheres arithmetisches Verhältniß der dem Verklagten gezahlten 1200 Thlr. zu den ursprünglich seitens der Kläger eingegangenen Verpflichtungen vollkommen unnachweisbar ist.

Kläger meinen, der Verklagte habe ihren vorbezeichneten Irrthum wissentlich benutzt und könne daraus nach dem § 84 I 4 ALR. keine Rechte herleiten. Allein, wenn auch der Verklagte zur Zeit des Abkommens den V.'schen Brief bereits empfangen hatte, so erlangte er doch hierdurch noch keineswegs die Gewißheit, daß und wann die angedrohten, auf die Zurücknahme des Patentes abzielenden Schritte des Verfassers von Erfolg begleitet sein würden, und überdies steht nicht fest, daß die Kläger, denen ja die Gefahr der Patentsaufhebung nach der Nr. VI der „Uebereinkunft" vom 21. Sept. 1842 bekannt sein mußte, das Pauschquantum nicht gezahlt haben würden, wenn sie vom Inhalte des Briefes wären unterrichtet worden. Es fehlen die Voraussetzungen eines dem Verklagten zur Last zu legenden zivilrechtlichen Betrugs.

Der Rückgriff der Kläger auf das Verhalten des Verklagten bei Nachsuchung des Patentes im Jahre 1868, derselbe soll das Patent erschlichen haben, hat im vorigen Erkenntnisse eine von ihnen in ihrer Revisionsschrift nicht bekämpfte Beurtheilung gefunden, welcher beizutreten ist; es bleibt entscheidend die Thatsache: daß ihnen der Verklagte als legitimirter Patentinhaber das Recht des Ofenbetriebes wirksam eingeräumt und damit Alles gethan hat, was zur Vertragserfüllung gehörte. Ist er bei Nachsuchung des Patentes nicht aufrichtig verfahren, so erstrecken sich die Folgen hiervon nicht bis in das privatrechtliche Gebiet, einem damals Unbetheiligten gegenüber, sie beschränken sich vielmehr auf das Verhältniß des Verklagten zur Staatsregierung, und zwar speziell auf die von derselben in Ausführung gebrachte, auf der Nr. VI a. a. O. beruhende Befugniß zur Wiederaufhebung des Patentes.

Gründe: b. Der Vertrag fällt seinem Inhalte nach unter den Begriff des Kaufkontrakts, da das Eigenthum einer beweglichen Sache an den Verklagten abgetreten, und dafür von dem Verklagten die Zahlung einer Geldsumme versprochen ist, § 1 I 11 ALR. Diese Summe hat aber ferner auch den gesetzlichen Charakter eines bestimmten Kaufpreises, §§ 46, 47 a. a. O., denn der Kaufpreis kann auch nach dem erst künftig festzustellenden Gewichte einer Sache bestimmt werden, und hört nicht dadurch auf, ein Kaufpreis zu sein, daß ein gewisser Theil des Gesammtgewichts nicht bezahlt werden sollte. Der Verkäufer war völlig überzeugt, daß dieser Theil, 280 Pfund, werde überschritten werden, wie der Erfolg es auch gezeigt hat, und wenn der Käufer auch seiner ausgesprochenen Meinung, das Schwein wiege nicht mehr als 280 Pfund, innerlich anhängen und deshalb ein gutes Geschäft durch

---

für 250 Thlr. abgetreten. Als das Bergamt die Muthung zurückwies, weil die Bauwürdigkeit fehlte und der Fundpunkt im Felde einer anderen verliehenen Grube lag, klagte B. auf Rückzahlung des Kaufpreises, weil das verkaufte Objekt, die Grube, nicht vorhanden, A. auch gewußt, daß der Fundpunkt in fremdem Felde liege. Daß nicht die Grube, sondern das Recht aus der Muthung Gegenstand des Vertr., war nicht bedenklich, das ObTr. hielt aber gegen den 2. Richter nur die Thatsache, daß A. von dem Liegen des Fundpunkts in fremdem Felde Kenntniß gehabt, nach §§ 539, 540 h. t. für erheblich, indem es ausführte: die Abtretung der Muthung enthalte unzweifelhaft eine emptio spei, § 528 h. t. Das Recht aus der Muthung sei davon abhängig, daß das Bergamt das Feld bauwürdig finde und daß der Fundpunkt frei; in beiden Beziehungen sei das Recht unsicher; deshalb liege emptio spei vor und es genüge deshalb zum Aufrufen des Geschäfts nicht, daß die Bauwürdigkeit verneint und die Unfreiheit des Fundpunkts festgestellt. Dagegen kommt aber in Betracht, daß das Recht aus der Muthung zwar vom Gesetz an gewisse, die Gültigkeit der Muthung selbst bedingende Voraussetzungen (zu denen jetzt die Bauwürdigkeit nicht mehr gehört, §§ 12 ff. Bergges. v. 24. Juni 1865) geknüpft, die aber als ungewisse, künftige, zufällige Ereignisse gerade umdeswillen nicht bezeichnet werden können. Das Recht auf Verleihung aus der Muthung ist ein gegenwärtig existirendes Recht und kann deshalb als eine spes nicht angesehen werden. Regelmäßig wird überdies anzunehmen sein, daß der Vertragswille auf Ueber-

jene Abrede zu machen hoffen mochte, so hob diese in der Natur der Sache liegende Ungewißheit doch nicht den Charakter des Rechtsgeschäfts als Kauf auf. Unzweifelhaft mußte Kläger übergeben, wie er es gethan hat, unzweifelhaft hätte er auch für etwaige Fehler gesetzliche Gewähr leisten müssen.

Die Eventualität, daß Verklagter, wenn nur 280 Pfund Gewicht vorhanden, das Schwein gratis erhielt, ist nicht eingetreten. Wäre man aber auch geneigt, eben dieser Eventualität wegen, das Geschäft für ein zwischen Schenkung und Kauf gemischtes je nach Eintritt der Bedingung zu halten, so hat dasselbe doch nicht den Charakter einer Wette und stellt an sich einen erlaubten Vertrag dar.

Der § 579 I 11 enthält eine Definition der Wette nicht; es kann nur der Begriff des gemeinen Lebens, wie derselbe damals von den gemeinrechtlichen Juristen, denn die Römischen sagen nichts Bestimmtes darüber, aufgestellt wurde, zum Grunde gelegt haben. Danach aber steht nicht, wie der zweite Richter meint, jede Stipulation, wodurch eine Ungewißheit im Gewinn oder Verlust bei einem Vertrage von einer gewissen Thatsache abhängig gemacht wird, einer Wette gleich; sondern die Wette hat eben den Streit über die Wahrheit einer Behauptung zu ihrem alleinigen Objekte, und von beiden Seiten werden bestimmte Zahlungen oder Leistungen versprochen, je nachdem die Behauptung sich als richtig zeigt oder nicht. Conventiones quibus de veritate, vel eventu alicujus rei, contendentes aliquid ponunt, vel promittunt, eo lege, ut victori cedat; Lauterbach, collegium Pand. Lib. XI Tit. V § 22.

Im vorliegenden Falle ist die Uebertragung des Eigenthums des Schweines an Verklagten vom Kläger unbedingt geschehen; was aber für den Fall des größeren Gewichts vom Verklagten gezahlt werden soll, ist unbestimmt, so daß eine Deposition, wie § 579 sie verlangt, nicht einmal möglich wäre, woraus folgt, daß das Gesetz ein Geschäft, wie vorliegendes, nicht im Auge gehabt haben kann.

Hiernach hat der zweite Richter die §§ 1, 47, 579 I 11 verletzt, und unterliegt das Urtheil der Vernichtung.

Gründe: c. Der App.-Richter erklärt es für unerheblich, ob ein erlaubtes oder ein unerlaubtes Spiel vorgelegen habe, da der Spieler das Gezahlte in keinem Falle zurückfordern könne; und zwar im Falle des erlaubten Spieles nicht nach Vorschrift des § 578 I 11, im Falle des unerlaubten Spieles nicht nach Vorschrift der §§ 172, 173, 205 I 16 ALR.

Der App.-Richter erachtet es danach für unzweifelhaft, daß der Kläger, wenn er die Spielschuld wirklich gezahlt hätte, das Gezahlte nicht hätte zurückfordern können. Hierbei allegirt er wiederum den § 578 cit. und nimmt an, daß, wenn die Kompensation, wie sie in erster Instanz erwiesen worden, die rechtliche Natur

---

tragung eines Rechts aus gültiger Muthung gegangen. In StrA. 37 S. 141 hat das ObTr. auch in ähnlichem Falle ausgesprochen, daß die Abtretung einer Muthung nicht emptio rei sper., da ihr Gegenstand das Recht des Muthers aus der Muthung. Gleichwohl hat es auch in diesem Falle die Aufhebung des Geschäfts, nachdem die Muthung wegen mangelnder Bauwürdigkeit gelöscht, abgelehnt, weil dies nichts bedeute, als daß die Muthung nicht den gehofften Erfolg gehabt. Für das jetzt bestehende Recht des Bergges. v. 24. Juni 1865 ist dies richtig.

Mit der besonderen Natur des Objekts der gew. Geschäfte hängen die Vorschriften in §§ 532 ff., 539, 540 zusammen. Durch die Gewißheit dessen, was als ungewiß angenommen, wird das Objekt eben ein anderes; deshalb auch die Anzeigepflicht in § 540, die namentlich bei Versicherungsverträgen eine praktisch bedeutsame Rolle spielt. In dem unt. Nr. 61 Bd. I S. 242 u. unt. Nr. 195 erwähnten Falle RG. 6 S. 290, wo A. den B. als Mitspieler an einem Lotterieloose aufgenommen, ohne daß er und B. wußten, daß das Loos bereits mit Gewinn gezogen, ist ausgeführt, daß die §§ 532 ff. den Fall, wo beiden Theilen die Existenz der spes unbekannt, zwar nicht regeln, daß aber § 75 I 4 anzuwenden, weil die Theilhaberschaft an nicht gezogenem Loose etwas Anderes, als die an gezogenem Loose mit feststehendem Gewinn, und daß die Sache ganz so liege wie im Falle § 39 h. t. Daß das Verschweigen in § 540 nicht doloses Schweigen erfordert, sondern nur

der Zahlung habe, der § 578 cit. auch für die Kompensation gelte. Hieraus ergiebt sich, daß der App.-Richter von der Grundlage eines erlaubten Spiels, von welchem der § 578 nur handelt, ausgegangen ist. Diese Grundlage hat der Verklagte nicht bekämpft; er behauptet namentlich nicht ein unerlaubtes Spiel und auch nicht die Verletzung der hiervon handelnden §§ 172, 173, 205 I 16. Er rügt lediglich Verletzung des § 86 Einl. z. ALR. über den Begriff der unvollkommenen Rechte und der §§ 577, 578 I 11 über erlaubte Spiele und der §§ 28, 300, 301, 342 I 16 über den Begriff der Zahlung und der Kompensation.

Die Frage ist also nur die, ob die Vorschrift des § 578 auch bei einer Kompensation Platz greift, dergestalt, daß, wie Gezahltes nicht zurückgefordert werden kann, eine mit der Spielschuld kompensirte Forderung nicht nochmals geltend gemacht werden kann, sondern als wirksam getilgt angesehen werden muß.

Der App.-Richter hat diese Frage mit Recht bejaht. Der § 578 bestimmt allerdings nur, daß das, was Jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, er nicht zurückfordern kann. Eine wirkliche Zahlung in der Bedeutung des § 28 I 16, Erfüllung der Verbindlichkeit durch Geld oder geldgleiche Papiere, liegt nicht vor und der § 578 reicht unmittelbar und für sich allein nicht aus, die gedachte Frage zu bejahen. Es muß aber dieses Gesetz mit dem vorangehenden § 577 u. § 86 Einl. in Verbindung gebracht werden, um seine Bedeutung zu erkennen. Nach dem § 86 cit. besteht das Wesen der unvollkommenen Rechte darin, daß sie weder eine Klage, noch eine Einrede erzeugen. Der § 577 versagt aber dem unvollkommenen Rechte aus einer Spielschuld nur die Klage, nicht auch die Einrede; daraus folgt, daß die Einrede allgemein als gestattet anzusehen ist, und dazu gehört auch die Einrede der Kompensation. Hieraus kann indeß noch nicht hergeleitet werden, daß der Spielschuldgläubiger seine Spielforderung auch gegen den Willen des Spielschuldners auf eine (andere) Forderung desselben an ihn vermöge der gesetzlich erzwingbaren Abrechnung zur Kompensation bringen könnte. Ein solches Recht des Spielschuldgläubigers würde voraussetzen, daß derselbe befugt wäre, die Existenz, Gleichartigkeit und Fälligkeit der Spielforderung nachzuweisen und vor Gericht geltend zu machen, wie er dazu befugt wäre, wenn er sie überhaupt mittelst Klage durchführen dürfte. Das ist aber nicht der Fall, da ihm eben die Klage versagt ist.

Soweit geht der App.-Richter aber auch nicht; im Gegentheile bemerkt er ausdrücklich, daß so wenig, wie die Zahlung einer Spielschuld durch Klage erzwungen werden könne, die Kompensation einer Spielschuld im Wege der Einrede erzwungen werden könne.

Schon deshalb können insoweit die §§ 300, 301 I 16, welche von erzwingbarer Kompensation handeln, nicht verletzt sein.

---

wissentliche Nichtanzeige, da auch unabsichtliche Erregung eines Irrthums nach § 78 I 4 den Vertr. ungültig macht, ist in StrA. 79 S. 215 angenommen und nicht bedenklich. In diesem Falle hatte A. nach einem Schlaganfalle im Jahre 1865 sein Leben 1866 versichert und dabei in der Deklaration erklärt, daß er bis dahin nicht krank gewesen. Dies genügte, um den Anspruch aus der Versicherung zu beseitigen. Vgl. das Weitere darüber bei II 8.

Zu § 586 h. t. vgl. ObTr. 48 S. 8 Erk. b.; Nr. 137 Bd. I S. 642. Zu den §§ 577, 578, 581 (Spiel) vgl. ObTr. 71 S. 218; Erk. a. Nr. 60 Bd. I S. 233 und StrA. 65 S. 305, das. S. 234 über die Bedeutung des „ausdrücklich" in § 581. Ebenso OHG. 16 S. 299 u. StrA. 89 S. 252. Auch RG. 5 S. 238 nimmt an, daß stillschweigende Erklärung nicht genügt, wohl aber, wenn der Spieler das Darlehn ausdrücklich zum Spiel verlangt, der Geber es ohne ausdrückliche Zustimmung giebt. Wo das Darlehn nicht zum Spiel gegeben, sondern um Spieldarlehn zu bezahlen, ist § 581 nach der strikten Auslegung, die er fordert, unanwendbar, OHG. 18 S. 109.

Auf die Frage, ob durch § 578 nicht blos Klage, sondern auch comp. ausgeschlossen, bezieht sich Erk. c. Denselben Fall behandelt RG. 1 S. 130, wo A. gegen die Darlehnsklage des B. einwendete, daß B. an ihn später den Betrag im Spiel verloren und erklärte: nun sind wir wegen des Darlehns quitt. Das RG. hat den Einwand verworfen, weil wenn der Kompensationsvertrag als Zahlung wirken solle, er eine rechtsbeständige, bei Obj.

Der App.-Richter legt nur der mit Willen und Genehmigung des Schuldners erfolgten Abrechnung die Wirkung einer Zahlung bei, weil die Kompensation materiell die Wirkung der Aufhebung der Verbindlichkeit ebenso habe, wie die Zahlung; darin hat er die §§ 300, 301 I 16 richtig aufgefaßt und sie also auch von dieser Seite nicht verletzt.

Das Hingeben und Annehmen von Geld oder geldgleichen Papieren kann den Charakter der Zahlung nur annehmen, wenn es seitens des Gebers in der Absicht und zu dem Zwecke geschieht, damit eine Verbindlichkeit zu tilgen, und seitens des Annehmers in der Absicht und zu dem Zwecke, diese Tilgung und damit die Aufhebung seiner Forderung bewirken zu lassen. Diese Zahlung gestattet das Gesetz im § 578 auch bei der nicht klagbaren Spielschuld. An Stelle einer durch Klage zu erzielenden Erzwingbarkeit setzt das Gesetz den freien Willen des Schuldners. Derselbe freie Wille des Schuldners waltet mit derselben Absicht, die Spielschuld zu tilgen, ob, wenn er mit Willen und Genehmigung geschehen läßt, daß auf seine Forderung an Kaufgeld für die Uhr seine Spielschuld abgerechnet wird. Einem solchen Hergange und seiner Wirksamkeit stehen die §§ 577, 578 a. a. O. nicht entgegen.

Der Verklagte behauptet nicht die Gültigkeit der Spielschuld des Klägers, um sie mit der Klage oder mit der Einrede einer erst gesetzlich erzwingbaren Kompensation geltend machen zu können, sondern er stützt sich auf den, durch Genehmigung der Abrechnung seiner Spielschuld auf seine Kaufgelderforderung kund gegebenen Willen des Klägers, seine Spielschuld auf diese Weise zu tilgen. Das hierin liegende Uebereinkommen ist das Fundament der Einrede des Verklagten.

In der Zahlung der Spielschuld ist die Anerkennung der Schuld enthalten und sie bewirkt ihre Tilgung, weil der Zahlende zwar nicht zur Zahlung gezwungen werden kann, sie aber freiwillig wirksam leisten darf. Denselben Inhalt hat die freiwillig eingegangene und bewirkte Abrechnung. Das Gesetz versagt nur die Klage, aber keine Art der freiwilligen Tilgung, also auch nicht die freiwillige Kompensation.

Liegt aber in einem solchen freiwilligen Akte eine Anerkennung der Spielschuld und eine Tilgung derselben, so kann auch nicht angenommen werden, daß derjenige, welcher diesen Akt selbst vornimmt, an dem, was er, hier an Kaufgeld für die Uhr, mit Recht zu fordern hat, etwas verliere; im Gegentheile erhält er das, was er zu fordern hat, nach seinem eigenen Willen durch die Tilgung seiner Spielschuld.

Es ist ebenso, als ob Verklagter erst das Kaufgeld für die Uhr an den Kläger gezahlt und Kläger dann den Betrag der Spielschuld an den Verklagten gezahlt hätte. In der Vermeidung dieses doppelten Aktes als eines unnöthigen liegt das Wesen der Kompensation und wenn diese, wie vorliegenden Falles, vereinbart und

---

über 150 M. also schriftliche Erklärung voraussetze, die bloße Willenserklärung, die keine Veränderung in Thatsachen hervorbringe, nicht unter den Gesichtspunkt der Erfüllung mündlichen Abkommens gebracht werden könne. Vgl. Erk. b. Nr. 87 Bd. I S. 351 u. S. 358. Vgl. Förster (Eccius) § 133_5 und Dernburg § 158_{16}. Die Kombination des § 577 u. § 86 Einl. im Erk. c. ist vom Standpunkt des ALR. jedenfalls verfehlt und dem Erk. des RG. beizutreten.

Ueber den Begr. der Wette vgl. das Erk. b. Danach ist nothwendig, daß von beiden Theilen etwas eingesetzt wird; einseitiges Einsetzen ist Pönalstipulation. Aus § 570 folgt, daß beide Theile den Satz niederlegen müssen, StrA. 44 S. 69, wo A. u. B. 100 gewettet hatten, daß ein am 3. Dezember gekaufter Ochse am 17. Dezember 960 Pfund wiegen werde. A. hatte seine 100 deponirt, B. nur 11, sich aber verpflichtet, die fehlenden 89 zu zahlen, wenn A. gewonnen. Als B. gewann, ist die Klage des A. auf Einwilligung in die Rückgabe der 100 durchgedrungen, weil B. nicht 100 niedergelegt. Daß in StrA. 82 S. 120 Wette nicht vorlag, ist unbedenklich. A. hatte bei einem Feuer dem B. 100 versprochen, wenn er, wie er versprach, eine Maschine aus der brennenden Scheune heraushole. Als dem B. dies gelungen, wies der 2. Richter die Klage auf Zahlung ab, weil Wette vorliege, während offenbar Vertr. über Handlung geschlossen war, da für die Wette schon das Moment fehlte, daß auch A. von dem B. etwas gewinnen konnte.

von dem Schuldner der Spielschuld selbst bewilligt wird, so kann er auch nicht behaupten, daß er etwas an der Kaufgelderforderung verloren habe. Auch der § 342 I 16 kann somit nicht als verletzt angesehen werden.

Nr. 207. §§ 595—601, 606—650. Kauf. Besondere Gegenstände. Leibrentenvertrag.*)

a. Erk. v. 17. Nov. 1862; ObTr. 48 S. 68 (StrA. 47 S. 183).
b. Präj. 2598 v. 8. Dez. 1854; ObTr. 30 S. 43 (StrA. 15 S. 274).

Im Falle a. hatte A. 1857 an B. ein Grundstück verkauft und B. die Verpflichtung übernommen, an ihn dafür eine lebenslängliche jährliche Rente von 15 Thlrn. zu zahlen. Die Rente war mehrere Jahre gezahlt, als A. die Aufhebung des Vertr., Rückgabe des Grundstücks nebst Nutzungen gegen Erstattung der gezahlten Renten verlangte, weil der als Kauf bezeichnete Vertrag ein Leibrentenvertrag, der als solcher wegen mangelnder Werthsveranschlagung des Grundstücks ungültig. Dies ist in 2. u. 3. Instanz verworfen. — Im Falle b. hatte die Wittwe A. am 27. Okt. 1851 einen gerichtlichen Vertrag mit B. geschlossen, wonach B. ihr eine jährliche, in vollständiger Unterhaltung in Wohnung, Kost, Kleidung, Kurkosten, Reinigung und sonstigen Lebensbedürfnissen bestehende, lebenslängliche, zu 60 Thlrn. jährlich veranschlagte Leibrente v. 1. Sept. 1851 ab für 260 Thlr. verkaufte, welche B. in einem Bett und zwei Kapitalien erhielt. Als die A. am 30. Okt. 1851 verstarb und nur 45 Thlr. hinterliess, klagte ihr einziger Sohn und Erbe gegen B. auf Grund §§ 638, 639 h. t. auf Herausgabe, Abtretung oder Zahlung von soviel als erforderlich, um die in § 639 bestimmte Hälfte zu ergänzen. Er zog dabei von dem Kaufpreis von 260, den B. erhalten, den Betrag der Rente für die Monate September und Oktober mit 10 Thlrn. ab, berechnete den Nachlass danach auf 250 + 45 = 295 und verlangte hiervon die Hälfte nach Abzug des vorhandenen Nachlasses von 45, also 102 Thlr. 15 Sgr. Dem wurde entgegengesetzt, dass ein Leibrentenvertrag überhaupt nicht vorliege und der Kläger, da sein Pflichttheil nur $^1/_3$ der Intestatportion, jedenfalls nicht die Hälfte des Nachlasses fordern könne. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen.

Gründe: a. In dem Vertrage ist ein Grundstück gegen die Verpflichtung zur Zahlung einer jährlichen Rente von 15 Thlr. von der Verklagten dem Kläger, und zwar ohne Veranschlagung des Werths, übereignet; auch sind beide Theile darin einig, daß die Rente der Verklagten für ihre Lebenszeit gezahlt werden soll, da die Verklagte dies ausdrücklich angiebt und eben deswegen auszuführen sucht, daß der

---

*) Vgl. Dernburg 2 § 160; 3 § 212_{16}; Förster (Eccius) 2 § 129 unt. 3; 4 § 248_{205}. — Das Besondere des Leibrentenvertrages besteht in dem Objekt des Kaufs, als welches die Rente (Abgabe) erscheint, die der Verkäufer zahlt, nicht als Kaufpreis, sondern als Kaufgegenstand, während die Geldsumme (Kapital, Werth der Sache), welche der Käufer giebt, als Kaufpreis angesehen wird. Die Natur als gewagtes Geschäft ergiebt sich aus der Unsicherheit des Umfangs des Kaufgegenstandes, der Rente, insofern dieselbe stets von der Lebenszeit eines Menschen, der Kontrahenten oder eines Dritten abhängig. Dies Letztere, die Bestimmtheit der Rente (Abgabe) in Geld oder nach Geld, die Bestimmtheit des Kaufpreises in Geld oder nach Geld, sind die wesentlichen Voraussetzungen des Begriffs. Derselbe lag im Erk. a. nicht vor, weil die Werthsbestimmung des Grundstücks fehlte, das offenbar nicht Kaufpreis, sondern Kaufobjekt und als solches Hauptgegenstand des Vertr., während die Rente nicht Kaufobjekt, sondern Kaufpreis war, wohl aber im Erk. b., nicht im Falle des im Erk. b. erwähnten Präj. 1664, wo gegen Entgelt die allgemeine Verpflichtung zur Alimen-

Vertrag ein Leibrentenvertrag sei, der an dem Mangel des § 608 I 11 leide, Kläger aber ebenfalls entwickelt, daß der in der Jahresrente bestehende Kaufpreis sich nach der Lebensdauer der Verklagten mindere oder steigere. Es bestimmt sich ferner der rechtliche Charakter, die Natur und das Wesen eines Vertrages offenbar nicht nach der Bezeichnung, welche die Kontrahenten ihm willkürlich, oft mißverständlich, beilegen, sondern nach seinem Inhalte und es ist also nach diesem Inhalte zu untersuchen, ob der vorliegende Vertrag überhaupt ein erlaubter und rechtsgültiger ist, oder ob er lediglich ein Leibrentenkontrakt und also rechtsungültig ist, weil dem für die Rente gegebenen Grundstück die im § 608 I 11 vorgeschriebene Werthsveranschlagung fehlt.

Allerdings sagt nun § 606 I 11: Der Leibrentenkontrakt ist ein Vertrag, vermöge dessen sich Jemand gegen Empfang einer Summe Geldes zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe auf die Lebenszeit eines Menschen verpflichtet. Allein diese Definition wird sofort in den beiden folgenden §§ als nicht erschöpfend bekundet, weil hier gesagt ist, daß und unter welchen Voraussetzungen statt des Kapitals auch ein Grundstück oder eine andere Sache gegeben werden kann. Als wesentliches Erforderniß ist hier zugleich die Werthsveranschlagung der statt des Kapitals zu gebenden Sachen hingestellt, entsprechend den Bestimmungen der §§ 626 ff. a. a. O., wonach in den dort vorausgesetzten Fällen das gegebene Kapital unter den dort zugelassenen Abrechnungen der bereits gewährten Rentezahlungen zurückgefordert werden darf, daher in allen diesen Fällen, wenn Grundstücke oder Sachen statt Kapital gegeben sind, von vornherein die Möglichkeit gegeben sein muß, sie auf Kapital zu reduziren. Will man also hiernach eine erschöpfende Definition des Leibrentenkontrakts unter Zusammenstellung der wesentlichen Merkmale, also der Essentialien des Geschäfts aufstellen, so muß man sagen: *Der Leibrenten-Vertrag ist ein Vertrag, vermöge dessen sich Jemand gegen Empfang einer Summe Geldes oder eines in solcher bestimmten Summe veranschlagten Grundstücks oder anderer Sachen zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe auf die Lebenszeit eines Menschen verpflichtet.*

Daraus folgt denn zunächst, daß wenn es an einem dieser Essentialien fehlt, ein Leibrentenkontrakt eben nicht vorhanden ist; *daß aber in solchem Falle, namentlich wenn es an der Werths-Veranschlagung der Sache fehlt, das Rechtsgeschäft überhaupt nicht, auch nicht als ein dem ersteren verwandtes bestehen kann, ist daraus allein nicht zu folgern.* *Bornemann*, System, 1. Ausg., 3 S. 248 behauptet zwar das Gegentheil, weil gegen solche Gültigkeit die Intention der Parteien streite. Indeß kann dies unläugbar doch nur dann entscheidend sein, wenn diese Intention der Parteien unstreitig oder dahin erkennbar ist, daß sie eben einen Leibrenten-Vertrag mit allen seinen in §§ 611 ff. a. a. O. geschilderten Wirkungen errichten wollen. Allein dies trifft hier nicht zu, wo das Geschäft die Bezeichnung „Kaufvertrag" erhalten hat, wo der rechtliche Charakter lediglich aus dem mit dieser Bezeichnung allerdings nicht im Einklang stehenden Inhalt des Vertrages entnommen werden muß, während die Intention der Parteien klar und einfach dahin erkennbar ist, daß der eine Kontrahent vom

---

tirung übernommen. Noch weniger konnte vom Leibrentenvertr. in StrA. 9 S. 192 die Rede sein. Hier hatte A. eine Hypothek von 5000 an B. cedirt, B. sich verpflichtet, an A. dafür eine jährliche lebenslängliche Leibrente von 250 zu zahlen, *aber nur soweit die Zinsen der Hypothek eingingen.* Die s. g. Leibrente war bei dieser Stipulation ganz unbestimmt, möglicherweise erhielt A. gar nichts. Offenbar lag nichts vor, als Schenkung der Hyp. mit Vorbehalt des Zinsgenusses. Der Widerruf des Vertrages ist als Widerruf einer Schenkung demnächst auch zugelassen. Vgl. zu §§ 1089, 1162 ff. h. t. Durch die Bestimmtheit der Rente und durch das Obj. des Vertr. unterscheidet sich der Leibrentenvertr. auch vom Vitalitienvertrag, Nr. 205, bei welchem das Vermögen das Kaufobjekt, nicht die Gegenleistung, die Alimentirung der Kaufpreis, nicht als Rente das Objekt. Auf den Vitalitienvertrag finden deshalb auch die §§ 637—639 h. t. ganz unbedenklich keine Anwendung, ObTr. 64 S. 67. In ObTr. 68 S. 79 (StrA. 86 S. 213) hatte der Inhaber einer Zeitung sich in dem Vertrage mit dem Redakteur verpflichtet, demselben nach vollendetem 68. Lebensjahre

anderen ein Grundstück erworben und ihm dafür lebenslänglich jährlich 15 Thlr. zahlen soll. Auch aus dem Umstande, daß Suarez diese Werths-Veranschlagung für nothwendig erachtete, weil man sonst beim Eintritt eines der Fälle, in denen der Vertrag widerrufen werden könne, in inextrikable Weiterungen gerathe (siehe Bornemann 3 S. 274), und aus der hiernach erkennbaren ratio legis läßt sich die gänzliche Ungültigkeit eines in dieser Hinsicht mangelhaften, als eines dem Leibrenten-Vertrage auch nur verwandten Vertrages, nicht herleiten; denn diese Absicht wird eben nur erreicht, wenn, wie die §§ 621 ff., 626 ff., 631 ff., 635 ff., 637 ff., 640 ff., 647 ff. I 11 ALR. voraussetzen, ein an sich gültiger Leibrenten-Vertrag vorliegt, wogegen diese Bestimmungen, falls die Ungültigkeit eines mangelhaften Vertrages geltend gemacht wird, überhaupt nicht, also auch dann nicht zur Anwendung kommen können, wenn Letzteres erst eintritt, nachdem der mangelhafte Vertrag zuvor Jahre lang von beiden Kontrahenten erfüllt worden ist, wie eben im vorliegenden Fall.

Demnach, und da abgesehen von den erwähnten Bestimmungen der §§ 606 bis 608 a. a. O. über Leibrentenvertrag nicht einleuchten will, inwiefern ein Vertrag, wonach ein Grundstück oder eine andere Sache gegen Gewährung einer bestimmten Rente veräußert wird, unerlaubt oder gesetzlich unzulässig sein soll, ist nur noch zu erörtern, ob die §§ 595, 596 a. a. O. nur einleitende Vorschriften, betreffend alle Verträge über fortlaufende Prästationen, bilden, so daß im § 597 und unter den Marginalien 8 bis 10 dieses Abschn. alle in diese Rubrik fallenden denkbaren oder doch alle diejenigen in diese Rubrik fallenden Verträge aufgezählt sind, welche allein das Gesetz zulassen will. Hiergegen spricht aber schon, daß eben nach den Marginalien die Altentheils-, Leibrenten-, Wittwen-, Heiraths- und Sterbekassen-Verträge keineswegs als Unterarten des § 595 a. a. O., sondern hinter dessen Marginal Nr. 7 unter Nr. 8—10 aufgezählt werden. Aber ganz abgesehen hiervon liegt doch klar vor, daß die einzelnen unter den Marginalien 8—10 a. a. O. aufgezählten Verträge keineswegs alle denkbaren Arten hierher gehöriger Verträge erschöpfen, und andererseits ergeben die §§ 595, 596 a. a. O., daß das Gesetz auch Verträge vor Augen hat, worin zwar fortdauernde Prästationen für die Lebensdauer eines Menschen, oder nach einem anderen ungewissen Zeitraume übernommen werden, ohne daß die Art der Prästation hinreichend bestimmt ist, und so, daß deswegen die Vorschrift des § 596 a. a. O. zur Anwendung kommt. Natürlich wird in solchem Vertrage Niemand einen Leibrentenvertrag finden; aber ebenso gut muß ein Vertrag für gesetzlich zulässig und gültig erachtet werden, in welchem zwar die Rente für die Lebenszeit des Empfängers in bestimmten Geldsummen präzisirt ist, aber die Werthsveranschlagung der dafür hingegebenen Sache fehlt, nur daß auch hierin ein Leibrentenvertrag im Sinne der §§ 606—608 a. a. O. nicht gefunden werden kann.

Der App.-Richter hat also durch seine hiermit übereinstimmende Ausführung weder die §§ 595 ff. noch §§ 606—608 a. a. O. verletzt, noch die rechtliche Natur des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeschäftes verkannt.

Gründe: b. Implorant behauptet zunächst, daß der App.-Richter, indem er den von der Mutter und Erblasserin des Klägers mit Verklagtem geschlossenen Kontrakt für einen Leibrenten-Kontrakt erachtet, das Wesen und den rechtlichen Charakter

---

oder, wenn er so krank und schwach geworden, daß er seine Thätigkeit einstellen müsse, eine jährl. Pension zu zahlen. Es fragte sich, ob dieser Vertr. als Leibrentenvertrag im Sinne des Stempelges. v. 7. März 1822 § 4c. Tarifposition: „Leibrenten" zu versteuern, dessen Begriff insofern weiter geht, als der des ALR., als danach Leibrentenvertrag nicht blos den Kauf der Leibrente (Gegenleistung in bestimmtem Geldwerthe), sondern auch den sonstigen Erwerb, gegen Uebernahme von Leistungen und Verpflichtungen umfaßt, StrA. 67 S. 322. Das ObTr. hat indessen kein Bedenken getragen, den Pensionsvertrag auch aus diesem weiteren Begriffe auszuscheiden. Bestimmend ist dafür, daß die Dienste, für welche die Pension gewährt wird, keine „Leistungen und Verpflichtungen" im Sinne des Stempelgesetzes, welches dabei an Natural- oder andere Prästationen denkt. Entscheidend ist aber, daß die Pension in Wahrheit nichts als Gegenleistung für die früheren Dienste, ein Anspruch aus dem Dienstvertrage als Vertr. über Handlungen, daß die Pension als solche nicht Hauptgegenstand des Vertrages, sondern die Dienstleistungen.

eines Leibrenten-Kontrakts verkannt und dadurch, sowie durch Anwendung des § 606 statt des § 595 I 11 ALR., welcher vom Ankaufe dauernder Präſtationen handelt, einen Rechtsgrundsatz verletzt habe. Er sucht diese Behauptung durch Bezugnahme auf das Präj. 1664, wonach zum Begriffe eines Leibrenten-Vertrages die allgemein übernommene Verpflichtung zur Alimentirung nicht genügt, sowie durch die Ausführung zu rechtfertigen, daß beim Leibrenten-Vertrage die erkaufte Rente nothwendig in einer Geldsumme bestehen müsse, wie dies aus den Vorschriften über diesen Vertrag, namentlich §§ 610, 617, 622, 627, 628 I 11, in welchen immer von einer Zahlung der Rente die Rede sei und resp. eine zu entrichtende Geldsumme vorausgesetzt werde, und dem Inhalte der AKO. v. 10. Juni 1835 deutlich hervorgehe. Allein diese Beschwerde erscheint unbegründet. Daß der Gesetzgeber, indem er im § 606 I 11 den Begriff des Leibrenten-Kontrakts dahin bestimmt: der Leibrenten-Kontrakt ist ein Vertrag, vermöge dessen sich Jemand gegen Empfang einer Summe Geldes zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe auf die Lebenszeit eines Menschen verpflichtet, — unter dem Ausdrucke „Abgabe" nicht nothwendig eine Geldleistung verstanden wissen wollte, läßt schon der gebrauchte Ausdruck selbst schließen, da sonst wohl unzweifelhaft würde gesagt worden sein: „zur Zahlung einer bestimmten jährlichen Geldsumme oder einer baaren Rente," und zwar umsomehr, als nach gem. R. die erkaufte Rente gleichfalls in Unterhalt und Verpflegung bestehen konnte. (Mittermair, deutsch. Privat-R. § 209.)

Das Wesentliche dabei ist nun, daß die zu entrichtende Abgabe, wie dies auch bereits in dem Präj. 1664 angenommen worden ist, eine bestimmte und eine schätzungsfähige sei, und ein Mehreres oder dem Widersprechendes geht auch aus den von Imploranten in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 610—628 I 11 nicht hervor. Diese Vorschriften setzen vielmehr nur voraus, daß, wenn die Abgabe nicht in einer Geldleistung besteht, solche doch auf einen bestimmten Geldwerth geschätzt worden ist (über den die Kontrahenten sich geeinigt haben), wie dies ja auch nach § 607 a. a. O. in dem Falle geschehen kann und muß, wenn statt eines baaren Kaufpreises eine Sache gegeben worden ist.

Die AKO. v. 10. Juni 1835 (GS. S. 100) enthält gleichfalls nichts dem Entgegenstehends. Sie erledigt vielmehr nur den Zweifel, ob es die Natur des Vertrages ändere, wenn die Rente unter dem Betrage der landüblichen Zinsen des ausbedungenen Kaufpreises verabredet worden, und setzt fest, daß eine solche Verabredung allerdings getroffen werden könne, ohne die Natur des Vertrages zu verändern. Keineswegs bestimmt sie aber oder läßt nothwendig schließen, daß die erkaufte Rente stets eine Geldleistung enthalten müsse; auch ist aus der Natur des Leibrenten-Vertrages eine Nothwendigkeit dafür nicht herzuleiten. Die Stelle einer baaren Rente vertritt vollkommen eine bestimmte, der Schätzung fähige sonstige Leistung, und die Einigung der Kontrahenten über einen bestimmten Geldwerth derselben erscheint nur deshalb erforderlich, damit dieselbe bei einer etwaigen Auflösung des Geschäfts, die eine Rückforderung des Kapitals nach Abrech-

---

Auf den Unterschied des Leibrentenvertr. von dem in §§ 595 ff. behandelten Vertr. über fortdauernde Präſtationen weisen die Erk. a. u. b. hin. Vgl. den Fall Erk. a. Nr. 101 Bd. I S. 439. Die wirkliche Leibrente wird mit der persönl. actio emti gefordert, § 611 h. t., darin liegt ein wesentl. Untersch. vom Altentheilsvertrage, Nr. 207. Zu § 613, — Leibrente zu Gunsten Dritter, — vgl. Nr. 81 Bd. I S. 318 Erk. b. u. das Erk. RG. 9 S. 261, welches den speziellen Fall der Rentenversicherung zu Gunsten Dritter bei der Preuß. Rentenversicherungsanstalt betrifft und wesentlich auf dem Statut dieser Anstalt beruht.

Besondere, mit der Natur des Obj. zusammenhängende Bestimmungen geben die §§ 621 ff., 635 ff., 637 ff., 647, 648 über die Aufhebung des Vertrages durch Verschulden des Verkäufers, und über die Anfechtung wegen nachgeborener Kinder und wegen Pflichttheilsverletzung. Auf letztere bezieht sich Erk. b. Die Anfechtung durch die Gläubiger ist jetzt durch die Reichsgesetzgebung geregelt. In § 621 können die Grundsätze der §§ 103—107, 117, 119 I 4 nicht angewendet werden, weil der Tod nicht als Resolutivbedingung zu denken, das Leben

nung der gezogenen Rente nöthig macht, zum Grunde gelegt werden kann.

In dieser Beziehung unterscheidet sich auch der Leibrenten-Kontrakt von dem Ankaufe fortdauernder Prästationen, bei welchen die allgemeinen Regeln von gewagten Geschäften nach § 595 a. a. O. und resp. von den in letztwilligen Dispositionen ausgesetzten Prästationen dieser Art, nicht aber die den Leibrenten-Verträgen eigenthümlichen, in §§ 614—650 a. a. O. enthaltenen Vorschriften zur Anwendung kommen.

Das Präj. 1664 endlich steht, wie schon oben angedeutet, der Ansicht der Imploranten gar nicht zur Seite, indem es nur ausspricht, daß die nur allgemein übernommene Verpflichtung zur Alimentirung eines Anderen zum Begriff eines Leibrenten-Vertrages nicht genügt. Dieser Grundsatz widerspricht aber gar nicht der Ausführung des App.-Richters, welcher eben annimmt, daß im Kontrakte v. 27. Okt. 1851 die Leistungen der Verklagten nicht nur genau spezificirt, sondern auch gehörig zu einem bestimmten Geldwerthe veranschlagt worden, welche Annahmen von Imploranten als nichtig nicht angefochten sind. Wenn aber hiernach die Ausführung des App.-Richters, daß der Vertrag ein wirklicher Leibrenten-Vertrag sei, stehen bleibt, so erscheint es gleichgültig, ob seine eventuelle Ansicht, daß auch Verträge über den Ankauf von Prästationen und über Altentheile als Leibrenten-Verträge anzusehen seien, vielleicht unrichtig sein möchte, indem ein dabei etwa vorgekommener Verstoß immer nicht die Vernichtung des durch den Hauptentscheidungsgrund vollständig gerechtfertigten Urtheils nach sich ziehen könnte, die darauf bezüglichen Beschwerden der Imploranten erledigen sich also.

Ebenso unbegründet ist aber auch deren Behauptung, daß vom App.-Richter der § 639 a. a. O. unrichtig ausgelegt worden, wenn auf den Grund desselben dem Kläger die Hälfte des berechneten Nachlasses als Pflichttheil überwiesen sei, während er nur ein Drittel gesetzlich in Anspruch nehmen könne. Der § 639 a. a. O. setzt nämlich ganz klar fest: Beträgt der übrige Nachlaß nicht die Hälfte des auf solche Art ausgemittelten Ganzen: so muß der Verkäufer so viel, als zu dieser Hälfte fehlt, von dem noch hinter ihm befindlichen Kapitale herausgeben.

Diese Bestimmung steht durchaus in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des App.-Richters, und der Umstand, daß der Pflichttheil des Klägers im Nachlasse seiner Mutter allerdings nur ein Drittel betragen haben würde, kann keinen Grund abgeben, von der Bestimmung des Gesetzes in diesem speziellen Falle abzuweichen. Es ist möglich, daß diese Bestimmung durch die anfänglich beabsichtigte Feststellung des Pflichttheils auf die Hälfte der Intestaterbportion, ohne Unterschied der Fälle, zunächst hervorgerufen ist; da sich aber der Gesetzgeber nicht veranlaßt gesehen hat, sie abzuändern, nachdem der Betrag des Pflichttheils nach Maßgabe der Umstände verschieden festgesetzt worden war, so kann sich auch der erkennende Richter nur das bestehende Gesetz zur Richtschnur dienen lassen.

---

nur den Umfang der Leistung des Verkäufers bestimmt, aber die Handlung des Verkäufers entzieht dem Käufer (nicht seinen Erben, da die Leibrente mit dem Tode aufhört) das Objekt, deshalb muß Verkäufer zurückgewähren, §§ 544, 545 sind nicht anwendbar. Vgl. StrA. 64 S. 17 unt. Nr. 208. Der § 648 läßt keinen Zweifel, daß der Verkäufer mit dem Beginn der mora, d. h. vom Tage der Nichtzahlung der Rente, nicht erst von Ablauf der drei Jahre zinspflichtig ist, StrA. 19 S. 16. Eine Spezialvorschrift giebt § 649, der nicht unterscheidet, ob über die Zahlungsmodalität der Rente, die nach §§ 61, 63 I 16 regelmäßig praenum. vierteljährlich zu zahlen, etwas bestimmt. In OHG. 21 S. 401 hatte A. für sich und seine Ehefrau eine v. 15. Okt. 1849 ab praen. vierteljährlich zahlbare Rente gekauft, die auch nach dem Tode des einen Ehegatten voll zu zahlen. Die überlebende Ehefrau starb im Nov. 1874. Auf die Klage der Erben, welche die volle Rente noch bis 15. Okt. 1875 forderten, sprachen die Instanzen nur bis zum 15. Jan. 1875, das OHG. aber bis 15. Okt. 1875 zu, weil die Stipulation der praen. Quartalszahlung die Anwendung der §§ 649, 650 nicht ausschließe.

Nr. 208. §§ 602—605. Altentheil.*)

a. PlPräj. 2593 v. 8. Jan. 1855; ObTr. 29 S. 301 (StrA. 16 S. 320).
b. Präj. 2739 v. 6. April 1865; ObTr. 54 S. 96 (StrA. 63 S. 206).
c. Erk. v. 25. Mai 1838; ObTr. 4 S. 23.
d. Erk. v. 10. Dez. 1872; StrA. 87 S. 183.
e. Erk. v. 20. Sept. 1853; StrA. 12 S. 327.

Im Falle a. handelte es sich um die (jetzt durch das SubhGes. v. 13. Juli 1883 geregelte) Frage, ob der Altentheil als Reallast zu erachten und als solche auf den Ersteher in der Subhastation auch ohne ausdrückliche Uebernahme übergehe, ohne Unterschied zwischen Geld-, Natural- und anderen Leistungen. Das Plenum hat angenommen, dass der Altentheil Reallast und als solche mangels entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheid auf den Ersteher übergeht. — Im Falle b. hatte A. 1856 an B. seinen Bauernhof verkauft, wobei ein Ausgedinge für ihn konstituirt war. Nachdem B. 1862 an C. verkauft, klagte A. gegen B. u. C. auf Gewährung verschiedener Rückstände aus der Besitzzeit des C. Das ObTr. hat die Klage gegen B. gegen beide Instanzen abgewiesen. — Im Falle c. war im Erbvergleich v. 21. Sept. 1827 bei Ueberlassung eines Bauerhofs durch die A.'schen Eheleute an B. für die Eheleute der übliche Altentheil stipulirt und durch Vertr. v. 25. Jan. 1828 bestimmt, dass den Eheleuten u. And. freie Wohnung im Thorspeicher und die Benutzung der dazu gehörigen Ställe zustehen solle, dem Letztlebenden die Wohnung und Feuerung ganz. Nach Trennung der Ehe wollte A. seine zweite Ehefrau nebst den mit ihr erzeugten Kindern in die Wohnung aufnehmen, was der Besitzer versagte. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen auf die Klage des A. verurtheilt. — Im Falle d. stand dem A. ein Altentheil auf der Stelle des B. zu, darunter freie Wohnung im Auszugshause und Benutzung eines Gartenplatzes daneben. Nachdem das Haus auf polizeiliche Anordnung wegen Baufälligkeit abgebrochen und von B. an seine Stelle ein Kretscham erbaut war, verlangte A. klagend die Erbauung eines neuen Auszugshauses an derselben Stelle. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter abgewiesen. — Im Falle e. hatte die Auszüglerin auf der Stelle neben freier nicht näher bestimmter Wohnung, Feuerung, Weide, Viehfutter und Gartenbenutzung zu beanspruchen. Nachdem sie sich wieder verheirathet, in ein anderes Dorf zu ihrem Ehemanne gezogen, klagte sie auf Zahlung einer Geldentschädigung für die Wohnung und die sonstigen Prästationen. Der 2. Richter wies den Anspruch wegen der Wohnung angebrachtermassen ab, verurtheilte aber im Uebrigen. Das ObTr. hat die Klage ganz abgewiesen.

Gründe: a. Regelmäßig überkommt bei jedem Kauf, auch bei dem gerichtlich nothwendigen, der Käufer mit der Sache diejenigen Lasten und Pflichten, welche mit

---

*) Vgl. Dernburg 1 § 210; 2 §§ 83_{11}, 29_{11}, 104; Förster (Eccius) 3 § 188 IV; 1 § 65_{23}; GrundbO. §§ 76, 102. — Die Stellung des Altentheilsvertr. im System des ALR. ist daraus zu erklären, daß der Altentheilsberechtigte als Käufer des Rechts, das R. wegen der Gebundenheit an das Leben des Berechtigten als seinem Umfange nach ungewiß, das Geschäft deshalb als gewagt angesehen wird. Aus der im Erk. a. dargelegten Natur des Altentheils als Reallast, die jetzt unbestritten (nur in ObTr. 68 S. 99, wo es sich um den Stempel vom Kaufvertr. handelte, in welchem der Käufer ein bestehendes Ausgedinge mitübernommen, kommt der unmotivirte Satz vor, daß der Altentheil eine blos persönl. Verpflichtung des Uebernehmers, keine Reallast, nur Realverbindlichkeit), ist zunächst gefolgert, daß der Altentheil unter § 183, nicht § 184 h. t. fällt, vgl. unt. Nr. 198 StrA. 10 S. 229; 12 S. 25; 14 S. 217, — und wurde früher gefolgert, daß die Eintragung nur erforderlich, um die dingl. Wirkung gegen Dritte zu erhalten, daß sie nicht erforderlich, wo die

ihr dinglich verbunden sind.*) Dinglich mit der Sache verknüpft sind auch solche fortdauernde Lasten, welche ohne zu den gemeinen öffentlichen zu gehören, doch durch Eintragung mit dem Grundstücke verbunden sind, und die daher von jedem Käufer gewährt werden müssen, ohne daß er eine Unkenntniß dieser Lasten gegen den Berechtigten vorschützen darf. Er überkommt also, im Mangel anderer Abrede, außer den gemeinen Lasten auch alle eingetragenen und wird dem Realberechtigten durch den Zuschlag zur ferneren Gewährung verpflichtet. Und dasselbe ergiebt sich aus den §§ 175, 183, 185, 186, 344 I 11 ALR. Denn wenn sie gleich nur die Rechte des Käufers dem Verkäufer gegenüber betreffen, so setzen sie doch voraus, daß der Käufer jene Lasten anerkennen und übernehmen müsse, indem sonst von einer Vertretung desselben seitens des Verkäufers nicht die Rede sein kann. Soll aber nach jenen Paragraphen der Verkäufer auch die aus speziellen Titeln eingetragenen Lasten vertreten, so folgt, daß der Käufer sie übernehmen muß. Es besteht nun aber ein wesentlicher Unterschied zwischen fortwährenden, wenn schon auf speziellen Titeln beruhenden Reallasten und solchen Forderungen, die von Hause aus auf dereinstige Auszahlung und Tilgung gerichtet sind, und für welche das Grundstück nur als Pfand haftet. Denn bei jenen geht der Zweck des Geschäfts von vornherein dahin, daß das Grundstück selbst als verpflichtet angesehen werden und dies bleiben solle, so daß von einer Rückzahlung in der Regel nicht die Rede ist. Durch die Auflegung einer solchen dauernden Last tritt daher auch eine dauernde Verminderung des Ertragswerthes ein, die der Erwerber, wie bei den gemeinen öffentlichen Lasten beachtet, und die auf die Preisbestimmung von Einfluß ist, wogegen bloße Pfandschulden in dieser Beziehung gleichgültig erscheinen und nur auf die Art der Berichtigung des Kaufpreises Einfluß äußern. Für einen Realberechtigten dieser Art, der die Zahlung einer Kapitalsforderung weder zu verlangen, noch zu erwarten hat, ist der Verkauf des verpflichteten Grundstücks, sei er auch ein nothwendiger, in der Regel etwas Gleichgültiges. Wo nicht besondere Umstände (z. B. die Rücksicht auf frühere Pfandgläubiger) eintreten, bleiben sämmtliche dauernd und dinglich mit dem Grundstück verbundene Lasten auf demselben haften und gehen auf den Käufer über; die Vertheilung der Kaufgelder geschieht nur unter die Gläubiger, die durch die Subhastation befriedigt werden sollten.

Der wesentliche Gegensatz zwischen der Natur einer Hypothekenforderung und einer Reallast ist schon in zahlreichen Entsch. des ObTr. zum Grunde gelegt.**)

Bei der Reallast handelt es sich nicht um ein accessorisches dingliches Recht zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechts, vielmehr ist dieses Hauptrecht selbst seiner Bestimmung nach ein dingliches, indem die entsprechende Verpflichtung, die Reallast, mit dem Besitz einer bestimmten Sache verbunden sein soll. Darum wird sie nicht in die dritte, sondern in die zweite Rubrik, nicht auf etwaige Hypothekenbestellung des Verpflichteten, sondern von Amtswegen resp. auf

*) Vgl. jetzt SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 22 Abs. 2, 3; § 60.
**) ObTr. 18 S. 316; 20 S. 201; 27 S. 283 zu I 19.

Belastung dem Dritten bekannt, daß es der Eintr. oder Kenntniß gegen den Dritten nur bedürfe, soweit der Altentheil in Nutzungsrechten bestehe, die nicht mit dem Besitz verbunden, daß die Verpflichtung auf den Dritten auch ohne Eintr. oder Kenntniß übergehe, soweit der Altsitzer im Besitz (z. B. Wohnung), ObTr. 27 S. 280 (StrA. 12 S. 342); StrA. 64 S. 196. Alles dies galt auch für den Ersteher in nothw. Subhastation. Nach §§ 12, 13 des EigenthGes. (vgl. § 73 GrundbO.) bedarf der Altenth. jetzt unbedingt der Eintr. zur Wirkung gegen Dritte und die Frage nach dem Uebergang auf den Ersteher, vgl. § 47 EigenthGes., ist jetzt durch das SubhGes. v. 13. Juli 1883, § 22 Abs. 2—3, § 60 dahin geregelt, daß der Ersteher auch den Altenth. ohne ausdrückliche Uebernahme nicht trägt, welche gesetzliche Bedingung ist, wenn er dem betreibenden Gläubiger vorgeht, während für den entgegengesetzten Fall § 60 Abs. 1 im Interesse des Altsitzers Vorsorge trifft durch die Vorschrift des doppelten Ausgebots. Aus der Natur der Reallast im Allgem. u. des Altentheils

einseitigen Antrag der Berechtigten eingetragen.*) Die zweite Rubrik stellt diejenige Beschaffenheit des Grundstücks fest, worin ohne Zuthun des Berechtigten nichts geändert werden kann und in welcher auch der Erwerber dasselbe überkommt, wobei es in dieser Beziehung ohne Einfluß ist, daß der Erwerb durch Subhastation vermittelt wird.

Schon die Entscheidung von 1844**) beruhete ganz eigentlich darauf, daß die, wenn auch aus speziellen Titeln hervorgehende Last nicht zu den Forderungen zu rechnen, deren Löschung nach berichtigtem Kaufgelde der Adjudikatar fordern darf, da darunter nur solche Forderungen zu verstehen, welche von Haus aus auf dereinstige Auszahlung und Tilgung gerichtet sind, und für welche das Grundstück nur accessorisch als Pfand haftet.

In dem Altentheile pflegen sich zu dem gemeinsamen Zweck, den abtretenden Alten eine ihrer bisherigen Lebensweise entsprechende Existenz bis zum Tode zu sichern, allerlei Gerechtsame zu vereinigen, welche in dem Rechtssysteme eine verschiedene, zuweilen bestrittene Stelle einnehmen. Wenn sich bei dem Hofe ein besonderer Leibzuchtskathen befindet, oder einrichten läßt, er mit gewissen Ländereien dem Altvater lebenslänglich eingeräumt wird, so begreift sich das Ganze wohl einfach unter einem Nießbrauchsrecht. Anders, wenn, wie gewöhnlich, zur Wohnung nur eine Stube in dem Wohngebäude oder etwa ein „holz- und lichtfreier Winkel" in der Wohnstube gewährt werden kann, und der sonstige Unterhalt durch mancherlei einzelne Nutzungen, Gaben, Dienste beschafft wird. Die gemeinrechtlichen Juristen, namentlich Runde (Leibzucht II 383 ff) reduziren dann die Bestandtheile des Altentheils zunächst auf zwei Klassen von Rechten: 1) persönliche Servituten, wohin der „Insitz, Winkel", obgleich ohne strenge Unterordnung, unter usus fructus, usus oder habitatio des röm. R., und ferner der vergönnte Gebrauch von Mobilien und Moventien gerechnet wird, 2) Leistungen seitens des Annehmers, mögen sie im Dienen oder im Geben, und hier wieder in Naturlien oder Geld bestehen. — Sie erkennen dabei an, daß manche Bestandtheile unsicherer oder gemischter Natur sind, besonders aber, daß sie wenn auch in der Rechtstheorie, doch nicht im Leben so scharf geschieden werden können. Dieser Umstand und ferner die Bestimmung des ganzen Instituts und der Wille der Konstituenten rechtfertigen denn auch die weit überwiegende Ansicht der Germanisten, daß ebenso wie jene Servituten, so auch diese Leistungen als mit jenen genau verbunden, dem Grundstücke ankleben, Reallasten sind, auf jeden neuen Besitzer übergehen. (Vgl. Runde a. a. O. S. 404 ff. und in der Zeitsch. von Reyscher und Wilde VII 26.) In der That wäre es auch wunderlich, wenn ein Auszügler, dem eine Stube mit Feuerung und Licht versprochen wäre, beim Verkaufe des Hofes zwar die Stube von dem Käufer, aber Holz u. s. w. vom Verkäufer künftig zu fordern hätte, oder wenn er zwar seinen Platz am Tische behaupten dürfte, dagegen hinsichtlich der Kost sich an den Promittenten wenden müßte, oder wenn die Gewährung eines gedüngten und bestellten

---

*) Vgl. jetzt EigenthGes. §§ 13, 14.
**) ObTr. 10 S. 12 zu § 342 h. t.

---

insbesondere als eines aus und auf und mit der Stelle zu befriedigenden Rechts folgt dann weiter, daß die Obligation aus dem Vertr. mit dem Besitze verknüpft, mit dem Besitze auf den Besitznachfolger übergeht, die persönliche Verpflichtung nur so lange dauert, als der Besitz dauert, wenn nichts Besonderes abweichend stipulirt, daß die einzelnen Leistungen aus dem Vertrage, Rückstände aus der Besitzzeit persönl. Obligationen des Besitzers, die zugleich dinglich gegen Jeden wirken, daß aber über die Besitzzeit hinaus keine persönliche Obligation besteht, Erk. d. u. zu I 19. In dem Falle des durch Erk. d. aufgehobenen Präj. 2665; ObTr. 32 S. 345 hatte A. an B. sein Grundstück verkauft, ein Altentheil war für ihn eingetragen, er hatte bei Verkauf durch B. an C. das Grundstück von dem Altentheil freigegeben, die Löschung bewilligt, um den Verkauf zu ermöglichen. In diesem Falle hat das ObTr. auf die Klage des A. den B. zur Weiterleistung der Altentheilspräftationen verurtheilt, weil die Reallast auch Obligation, persönl. Verpflichtung sei, die durch den Verkauf an Dritte nicht untergehe, wenn der neue Besitzer sie nicht übernommen, § 3 I 19, nur durch Verzicht. Der 2. Richter hatte

Beetes zu Kartoffeln nach dem Verkaufe sich in das Ueberlassen des Landes von Seiten des Käufers und in das Düngen und Graben von Seiten des Verkäufers zu spalten hätte.

Was insbesondere das Preuß. R. anbelangt, so ersieht man zuvörderst aus den wenigen Bestimmungen des ALR., welches hinsichtlich des Näheren auf die Provinzialrechte verweiset, daß das Altentheil diejenigen Vortheile begreift, welche der Uebernehmer einer bäuerlichen Stelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenslang anweist, I 11 § 602, daß somit alle diese Vortheile, worin sie auch bestehen mögen, durch den angegebenen gemeinsamen Zweck zu einem rechtlichen Ganzen verbunden werden; ferner, daß der Richter die Einräumung solcher übermäßigen Vortheile verhüten soll, wodurch der Uebernehmer an der Tragung der Lasten der Stelle gehindert wird, eine Hindeutung wenigstens darauf, daß das Altentheil gleichfalls die Stelle beschwert. Die einzelnen Bestandtheile sodann werden auch nach Preuß. R. zuerst auf Nutzungsrechte und Reallasten zurückgeführt werden können.

Was hier die Reallasten anbelangt, so fehlt es bekanntlich unseren Gesetzbüchern an einer zusammenfassenden Behandlung derselben, und auch an einem festen Sprachgebrauche. Unter Reallasten, Realverbindlichkeiten, Lasten, die einem Grundstücke ankleben, werden im weiteren Sinne Verpflichtungen aller Art, die ein Grundstück betreffen, Servituten, Hypothekenschulden, Leistungen von einem Gute verstanden, so: ALR. I 5 §§ 333, 335; 20 § 154 ff. Namentlich heißt es II 1 § 589, II 18 §§ 530, 549, HypO. I § 38 eingetragene Schulden und andere Reallasten; II 2 § 171 verpfänden oder mit andern bleibenden Reallasten beschweren; II 7 § 258 ein Gut mit Dienstbarkeiten und andern fortwährenden Lasten belegen; besonders AGO. II 1 § 3 Nr. 3 Hypothekenschulden, Dienstbarkeiten und andere Reallasten, und HypO. II § 109 zählt vier Arten von Realverbindlichkeiten, von denen die „beständigen Lasten" die erste bilden, auf.

Dagegen scheidet ALR. I 11 § 183 ff. Lasten und Abgaben eines Grundstücks von den Dienstbarkeiten und den auf dem Gute haftenden Schulden, und die HypO. I §§ 47, 54, 55 trennt 1) die auf einem Grundstücke haftenden beständigen Lasten, II § 124 onera realia genannt, welche wieder in gemeine und auf einem besonderen Titel beruhende zerfallen, 2) Realverbindlichkeiten im engeren Sinne, oder Beschränkungen der Disposition des Besitzers, welche wie die ad 1 in die zweite Rubrik eingetragen werden, 3) Realservituten, welche, wenn überhaupt, gleichfalls dort einzutragen sind, 4) alle übrige auf einem Grundstücke haftenden Schulden, welche in die dritte Rubrik gehören. Die üblichen Bestandtheile eines Altentheils fallen hiernach sämmtlich in die zweite Rubrik, sei es als Realverbindlichkeiten im engeren Sinne, HypO. I § 50, worunter namentlich Nutznießung und Wohnung aufgezählt werden, sei es als onera realia im engeren Sinne (§§ 48, 49) und zwar hier als nicht gemeine, sondern auf besonderen Titeln beruhenden Lasten.*)

---

*) Vgl. GrundbO. § 76.

---

angenommen, daß nur dingl. Verpflichtung konstituirt werde. Nach dem Erk. b. würde in solchem Falle nur ausdrückliche Abrede vor Verlust des Rechts schützen. In dem entschiedenen Falle würde übrigens ein Anspruch auf Entschädigung für den Verzicht wohl zu begründen gewesen sein. In StrA. 16 S. 344 hatte A. Ausgedinge auf dem Hofe des B., den Hof in Folge schlechter Behandlung Marien 1853 verlassen und klagte gegen B. auf Zahlung einer Geldentschädigung für die außerhalb des Hofes nicht zu gewährenden Prästationen und Lieferung der übrigen Prästationen nach ihrem neuen Wohnort. Hier ist wie im Erk. b. der Bekl. nur zur Zahlung bezw. Lieferung bis zum 6. Sept. 1853, wo er den Hof verkauft hatte, verurtheilt, weil damit die persönl. Verpflichtung des B. aufgehört, obwohl er Besteller des Altenth. war. Dabei ist nur noch darauf hingewiesen, daß eine persönl. Verpflichtung des früheren Besitzers auch über seine Besitzzeit hinaus durch besondere Thatsachen aus dem Gesichtspunkte der Interesseforderung begründet werden könne, z. B. wenn der Altsitzer, der den Hof zu verlassen gezwungen, von dem Verkauf keine Kenntniß erhalten oder sofortige

Für die im Altentheil enthaltenen Nutzungsrechte erwächst dieser Charakter nach ALR. I 19 §§ 2, 3 schon durch den Besitz der zu nutzenden Sache, so daß die Pflicht, dem Berechtigten die Ausübung des Rechts zu gestatten, auf den neuen Eigenthümer der belasteten Sache mit übergeht, als welcher dieselbe schon mit dieser sein „Eigenthum und dessen Wirkungen limitirenden Befugniß" überkommt. Die Reallasten im engeren Sinne möchte man zwar, strenge genommen, nicht als Einschränkungen des Eigenthumrechtes auffassen. Denn der Hofsannehmer, welcher dem Auszügler Dienste leisten, ihm einen Nothgroschen geben, ja selbst ihm Naturalien liefern muß, ist zwar in seinen Vermögenskräften überhaupt, aber doch nicht gerade in seinem Eigenthum an dem Grundstücke und in dessen Wirkungen beschränkt. Jedenfalls wirkt für eine der Eigenthumsbeschränkung gleiche dingliche Stellung der Reallasten theils schon die oben berührte innige Verbindung beider Arten von Bestandtheilen, welche gar oft das Geben und Thun nur als nothwendiges Zubehör jener Nutzungsrechte erscheinen läßt, theils die durch die Kontrahenten für alle Gewährungen beabsichtigte genaue und unmittelbare Beziehung von Recht und Pflicht auf den Hof. Der abgehende Besitzer will lebenslänglich auf dem Hofe mit den auch nach den Kräften und der besonderen Beschaffenheit desselben abgemessenen Vortheilen verbleiben; er will diese Stellung gegen jeden Wechsel des Besitzers, gegen jede Vertauschung, Ablösung gesichert wissen, und selbst wenn diese Beziehung auf den Hof nicht ausdrücklich ausgesprochen, wenn z. B. dem Altvater nur eine freie Wohnung überhaupt zugesichert wäre, würde sie doch nur als „ein Obdach auf der belasteten bäuerlichen Stelle von der den örtlichen Verhältnissen und der Stellung eines bejahrten Mitgliedes der Hausgenossenschaft entsprechende Beschaffenheit" zu gewähren sein, wie dies in einem Erk. dieses Gerichtshofes v. 20. Sept. 1853 ausgedrückt worden ist. Ebenso ist etwa ein Anspruch des Auszüglers auf freie Feuerung näher durch seine Pflicht bestimmt, sich an die auf dem Hofe vorhandenen Einrichtungen verweisen zu lassen. Die Vortheile auf „Weide und Futter" schließen nicht den Anspruch auf bestimmte Futterquantitäten in sich, sondern den: sich auf der Stelle die bewilligten Stücke Vieh zu halten und den Unterhalt unentgeltlich zu empfangen, wie mit der Beschränkung, sich an die vorhandenen Hülfsquellen, Stoppelhütung 2c. weisen zu lassen. Auch die Benutzung eines Gartenflecks gilt nicht gleich einem Anspruch auf den Geldwerth dieses Rechts, weil der Gewinn der Nutzungen von der eigenen Thätigkeit des Berechtigten abhängt. Und wenn gleich einzelne Prästationen bedungen werden mögen, welche von jedem und allenthalben geleistet und genossen werden können, so müssen doch auch diese dem Zuge und der Richtung des ganzen Institutes, als welches der § 602 I 11 das Altentheil mit seinen einzelnen Vortheilen hinstellt, folgen. Der Zweck desselben, namentlich die Sicherstellung des Altvaters für lebenslänglichen ungestörten gleichmäßigen Genuß des Ausgedinges wird nur dadurch erreicht, daß die entsprechende Verpflichtung unmittelbar und unverändert auf den neuen Hofbesitzer übergeht, nicht dadurch, daß eine nur persönliche Verbindlichkeit des ersten Promittenten mittelst einer Hypothek verstärkt wird; denn diese könnte dem Gläubiger doch

---

Rückkehr zu dem neuen Wirth unthunlich. Anders lag StrA. 71 S. 1. Hier hatte A. dem B. ein Grundstück legirt mit der Verpflichtung, der Dienstmagd des A. auf demselben außer freier Wohnung bestimmte Auszugsprästationen zu gewähren. Die Dienstmagd war auch eingezogen, hatte aber nach Verkauf des Grundstücks an C. die Prästationen, da das Recht nicht eingetragen, nicht erhalten. Hier ist ihre Klage auf Entschädigung gegen B. in allen Instanzen durchgedrungen. Das ObTr. führt aus, daß B. aus dem Legat persönlich verpflichtet, nach § 494 I 20 als Erbe auch persönlich verpflichtet wäre, selbst wenn das Recht eingetragen worden wäre und wenn sein Käufer ohne Zuziehung des Berechtigten die Last übernommen, § 75 I 5. Der 2. Richter hatte angenommen, daß ein Altentheil überhaupt nicht vorliege. Dies war gewiß richtig, da § 602 den Begr. auf den Fall der Stipulation für den vorigen Besitzer bei Uebernahme einer Rustikalstelle beschränkt. Das ObTr. hat sich darüber nicht ausgelassen.

Aus der Natur des Altenth. als Reallast folgt auch sein Unterschied von der Personal=

nur das Interesse der Nichtleistung mit einem bestimmten Geldwerthe, nicht die Leistung selber wahren. Das Altentheil ist also auch seiner innerlichen Bestimmung nach und zwar in allen seinen Bestandtheilen unmittelbarer dinglicher Natur. Diesem dinglichen Charakter steht für die auf ein Thun oder Geben gerichteten Bestandtheile insbesondere auch der Umstand, daß sie nur lebenslänglich geleistet werden sollen, nicht im Wege. Im gem. R. ist die Forderung, daß die Reallast durchaus ein onus perpetuum sein müsse, eine ganz willkürliche; denn Reallast ist nichts Anderes als dingliche Last; und es ist gar nicht abzusehen, warum jene Forderrng für die Dinglichkeit bei der Pflicht zum Thun und Geben gestellt wird, da sie doch bei dem Nießbrauch, dem namentlich im Altentheil so eng mit jener Pflicht verbundenen Recht, nicht gestellt wird und werden kann. Was aber das Preuß. R. angeht, so entscheidet die Bezeichnung „beständige Lasten", welche die HypO. I §§ 47—49; II §§ 109, 112 für die in die zweite Rubrik einzutragenden Lasten gebraucht, noch nicht für jene Forderung. Denn der § 113 ebendas. bestimmt für die im § 112 gedachten, die eigentlichen Reallasten mitbegreifenden Pflichten: Ist ein landesherrlicher Konsens nicht erforderlich, und das Grundstück soll mit dergleichen Reallast nicht für beständig, sondern nur auf gewisse Zeit behaftet werden, so kann die Eintragung (nach I § 47) in die zweite Rubrik ohne richterliche Konfirmation geschehen.

Also die „Beständigkeit" ist in formeller Beziehung für die eigentlichen Reallasten (I §§ 48, 49) ebensowenig ein essentiale, wie für die Realverbindlichkeiten, unter denen ja auch der Nießbrauch enthalten ist. Die an ein Leben gebundene Dauer dieser Rechte stellt sie noch keineswegs in die Kategorie der in die dritte Rubrik gehörigen Forderungen. Vielmehr bleibt ihnen noch immer der wesentliche Unterschied von solchen Forderungen, daß diese zur Tilgung durch Erfüllung, durch Zahlung, also durch einen einseitigen Akt des Schuldners bestimmt sind, und daß sie einen dinglichen Charakter nur in accessorischer Weise durch besondere Bestellung des Schuldners erlangen, während das Altentheil nicht durch Erfüllung, sondern nur durch das Eintreten des bestimmten Ziels erlöscht und die Dinglichkeit schon in der Konstituirung des Rechtes selber ihren Grund findet. In welcher Weise übrigens diese Dinglichkeit der Reallasten zur vollen Wirksamkeit gegen den dritten Erwerber des Gutes gelange, obschon durch die Bestellung, oder durch die Ausübung, oder erst durch die Kenntniß des Erwerbers davon und besonders durch die Eintragung in das Hypothekenbuch, ist durch die obenerwähnten Erkenntnisse v. 29. Nov. 1849 und 16. Feb. 1854*) genügend erörtert worden, steht aber hier nicht in Frage, weil in den beiden Fällen, welche den Konflikt erzeugten, die Eintragung des Ausgedinges erfolgt ist.

Gründe: b. Unter den Parteien ist lediglich darüber Streit, ob der Verklagte, welcher ursprünglich das Altentheil übernommen hat, für diejenigen Rückstände, welche in die Besitzzeit des neuen Erwerbers des belasteten Grundstücks fallen, persönlich verhaftet ist. Diese Frage muß nach der rechtlichen Natur des Altentheils verneint werden.

*) ObTr. 18 S. 316; 27 S. 280. Vgl. jetzt EigenthGes. § 12.

servitut des Nießbrauchs, bei welcher der Berechtigte keine Leistung von dem verpflichteten Eigenthümer zu fordern hat, sondern nur das uti frui licere, während beim Altentheil der verpflichtete Eigenthümer zur Leistung obligirt ist, wenn auch im Einzelnen der Altentheil mit usus u. usufr. verbunden sein kann, vgl. Erk. c., § 457 II 1. Mit diesem Unterschied hängt zusammen, daß der verpflichtete Eigenthümer z. B. das Auszugshaus wiederherstellen muß, wenn es abgebrannt oder baufällig geworden, wovon beim Nießbrauch nicht die Rede. Dies wird im Erk. d. ohne Weiteres als selbstverständlich vorausgesetzt.

Aus der Natur des Altentheils als Reallast, und daraus, daß er zur Versorgung des Berechtigten auf und aus den Mitteln der Stelle und regelmäßig zur Nothdurft dient, ist weiter die Anwendbarkeit der §§ 15 ff., 20, 21, 22 ff. I 19 gefolgert. Ein Beispiel für die Anwendung der §§ 17 ff. I 19 giebt Erk. d. Ebenso StrA. 89 S. 48 und ein dort angezogenes Erk. des ObTr. v. 13. Juli 1869. In letzterem Falle war das im

Wie das Altentheil rechtlich zu qualifiziren sei, ist bekanntlich eine unter den Lehrern des gem. R. streitige Frage. Für die Praxis des ObTr. aber ist dieselbe durch den PlBeschl. v. 8. Jan. 1855 zum Abschluß gelangt.*) Nach den Motiven dieses Beschlusses ist das Altentheil, mag es bestehen in vorbehaltenen, mit dem Besitze verbundenen Wohnungs- und anderen Nutzungsrechten des Berechtigten, oder in Leistungen des Verpflichteten, seiner innerlichen Bestimmung zufolge ein Ganzes und in allen seinen Bestandtheilen unmittelbar dinglicher Natur, mit einem Worte, das Altentheil ist eine Reallast. Aus dem Charakter der Reallast, als eines dinglichen Rechts, ergiebt sich aber 1) daß die dingliche Verbindlichkeit auf jeden Besitzer der belasteten Sache übergeht, daß sie von demselben anerkannt und erfüllt werden muß. Es ist indessen durch mannigfache Entscheidungen des ObTr. nachgewiesen worden, daß dergleichen dingliche Verbindlichkeiten, wenngleich deren dingliche Eigenschaft nicht durch die Eintragung in das Hypothekenbuch erzeugt wird, doch nach den besonderen Vorschriften des Preuß. R. dem dritten Besitzer durch die Eintragung erkennbar gemacht werden müssen, und daß ein solcher ohne erfolgte Eintragung für dergleichen Verbindlichkeiten nur dann verhaftet wird, wenn ihm die Existenz derselben bei der Erwerbung des belasteten Grundstücks bereits bekannt war.**)

Aus dem dinglichen Charakter der Reallast folgt aber auch weiter 2) daß der Berechtigte gegen Jeden, welcher sein dingliches Recht verletzt, eine dingliche Klage hat. Auch hierbei kann es auf den Erwerbungsgrund nicht ankommen, ebensowenig, wie solches der Fall ist bei dem Eigenthumsrecht oder bei anderen dinglichen Rechten, wenigstens nicht im Allgemeinen, und soweit die Gesetze nicht etwa an einen besonderen Erwerbungsgrund besondere rechtliche Folgen geknüpft haben. Läßt sich die Erwerbungsart auf einen Vertrag zurückführen, so können dem Veräußerer aus demselben zwar auch persönliche Verbindlichkeiten erwachsen, aber nur in Beziehung auf die Gewährleistung für die Existenz und Beschaffenheit der den Gegenstand des Vertrages ausmachenden dinglichen Rechte. Der Verkäufer einer Sache kann persönlich dafür verantwortlich sein, daß der Käufer dieselbe als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne. Allein die aus dem Eigenthume hervorgehenden Rechte, sofern sie von Anderen verletzt werden, hat der Verkäufer nicht zu vertreten. Ebenso verhält es sich mit der vertragsmäßigen Konstituirung eines anderen Realrechts. Auch hier geht die Verpflichtung des Veräußerers nur auf Gewährung des dinglichen Rechts, nicht aber auf Entschädigung, wenn das gewährte dingliche Recht von dem dinglich Verpflichteten verletzt wird. Aus der Konstituirung der Reallast läßt sich daher eine persönliche Verpflichtung des Konstituenten, wonach er prinzipaliter zu erfüllen, oder, sei es solidarisch, sei es subsidiär, dafür aufzukommen hätte, wenn der dinglich Verhaftete das konstituirte Recht verletzt, in keiner Art

---

*) Erk. a.

**) Vgl. jetzt §§ 12, 13 EigenthGes.

Dorfe belegene Wohnhaus, in welchem die Altentheilsstube, mit dem Dorfe abgebrannt, vom Gutsbesitzer dann ein neues Haus außerhalb der Dorflage aufgebaut. Der Altsitzer verlangte Aufbau des Hauses auf der alten Stelle und Gewährung der Wohnung dort, weil sie so im Vertrage ausgemacht, ist aber abgewiesen. Auch in StrA. 89 S. 48 handelte es sich um Verlegung des Altensitzes in ein anderes Haus; das ObTr. hat dies zugelassen, wenn der Zweck des Wohnungsrechts nicht vereitelt und die Verlegung zum Nutzen des Eigenthümers, §§ 17, 18, 20 I 19, weil die allgem. Vorschriften in I 19 über die dingl. Rechte an fremder Sache auf Servituten, Reallasten aller Art anzuwenden, das Altentheil Reallast, nicht, wie ausgeführt worden war, ein Eigenthumsreservat, stehen gebliebener Bestandtheil des früheren Eigenthums.

Aus der Verbindung des Altentheilsrechts mit der Person des Berechtigten, für dessen Lebenszeit es bestimmt, folgt einmal, daß es mit dem Tode des Berechtigen erlischt, wie der Nießbrauch, unvererblich ist, § 102 Einl., der Tod resolvirend wirkt, für die einzelnen obli-

ableiten. Allerdings ist es selbstverständlich, daß es in der Willkür der Kontrahenten liegt, auch eine derartige persönliche Verbindlichkeit neben der aus der Natur des Geschäfts allein folgenden dinglichen zu vereinbaren. Mit Recht hat daher der zweite Senat in StrA. 16 S. 349 den Satz verworfen, daß der Besteller einer Reallast und insbesondere eines Altentheils über die Zeit seines Besitzes hinaus noch für dieselbe verantwortlich sein solle und vermöge einer abgesondert bestehenden persönlichen Hauptverbindlichkeit auch nach erfolgter Veräußerung des belasteten Grundstücks wegen solcher in Anspruch genommen werden könne. Nimmt man aber an, daß die vertragsmäßige Errichtung einer Reallast und insbesondere die Bestellung eines Altentheils eine persönliche Verbindlichkeit des Konstituenten an sich noch nicht begründet, so muß das Präj. 2665, in welchem das Gegentheil ausgesprochen wird, aufgehoben werden, und zwar unter Verwerfung der hierfür in ObTr. 32 S. 345 geltend gemachten Motive. Allerdings ist noch die Frage zu stellen, ob der Besitzer der belasteten Sache, gleichviel, ob er Konstituent der Reallast ist, oder nicht, nicht wenigstens für die in seine Besitzzeit fallenden Leistungen dem Berechtigten persönlich verpflichtet werde. Im vorliegenden Falle kommt es zwar hierauf nicht an, weil es sich um solche Leistungen hier nicht handelt. Es mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß diese Frage in dem Präj. 2479 (Samml. II S. 34) mit den Worten: Der Besitzer eines mit Reallasten behafteten Grundstücks ist auch nach Veräußerung desselben für die in seine Besitzzeit fallenden Rückstände persönlich verhaftet, bejahet und eine solche Beantwortung der Frage nach ObTr. 26 S. 311 um deshalb für richtig erkannt worden ist, weil die Uebertragung des Besitzes die Verknüpfung desselben mit bestimmten Personen, als allein an sich leistungsfähigen Rechtssubjekten, für den zeitigen Besitzer und Repräsentanten des Grundstücks zugleich ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründet, aus welchem seine persönliche Verpflichtung, die während seines Besitzes fällig werdenden einzelnen Abgaben und Leistungen dem Berechtigten zu prästiren und das dem korrespondirende Forderungsrecht des Letzteren hervorgeht.

Gründe: c. Um die Nichtigkeit des zweiten Urtels darzuthun, führt Kläger an, daß es einem Altsitzer nicht untersagt sei, im Fall der Verheirathung seine Ehefrau in die Leibzuchtswohnung zu bringen. Diese Behauptung berührt nicht die eigentliche Beschwerde, daß der § 22 I 19 ALR. unrichtig angewendet worden. Sie hat vielmehr nur die Rechtsfrage zum Gegenstande, ob der Altsitzer auf die Leibzucht heirathen und den neuen Ehegatten sowie die mit demselben erzeugten Kinder an dem Wohnungsrecht Theil nehmen lassen dürfe.

Die Beurtheilung dieser Rechtsfrage nach den, von dem Institute der Leibzucht im Allgemeinen geltenden rechtlichen Grundsätzen lag allerdings dem Richter ob. Sie ist aber von ihm umgangen, und statt dessen die blos thatsächliche Frage erörtert, wem, nach den, unter den Parteien geschlossenen Verträgen, im vorliegenden besonderen Falle ein Recht auf die Leibzucht eingeräumt worden. Diese Frage ist dahin entschieden, daß das Altentheilsrecht nur dem Kläger und seiner separirten Frau bestellt sei; es kann daher eine Prüfung der vom Kläger behaupteten Befugniß, seine zweite Frau und die mit derselben erzeugten Kinder an dem Woh-

---

gatorischen Leistungen das Leben die suspensive Bedingung ist. Die praktische Bedeutung davon zeigt sich in ff. Beispielen. In ObTr. 54 S. 93, Präj. 2740, klagte der Abwesenheitsvormund des seit 1857 verschollenen Ausgedingers im Jahre 1862 die Prästationen für 1857 bis 1862 ein. Das ObTr. wies ab, weil nach der Natur des Altenth., der die Versorgung der Person bezweckt, das Leben nach §§ 101, 104 I 4 Voraussetzung für die einzelne Forderung, die vom klagenden Vormund zu beweisen, wenn sie streitig und zweifelhaft, wie auch der Tod als resolvirende Bedingung für das Recht als solches vom Verpflichteten zu beweisen. Ebenso StrA. 69 S. 163 mit. Nr. 31 Bd. I S. 115, wo der Bevollmächtigte des ausgewanderten Altsitzers die Prästationen einklagte und ungewiß war, ob der Berechtigte noch lebte. Die Frage, ob bei Stipulation eines Altentheils für Eheleute nach dem Tode des einen der Ueberlebende das Ganze zu fordern oder bei theilbaren Leistungen nur die Hälfte, ist im Präj. 618 (PräjS. I S. 62) Rechtsf. 2 S. 141 (Kunde, § 80) u. in StrA. 7 S. 36 ex arg. §§ 615, 616 h. t. dahin entschieden, daß nur die Hälfte zu

nungsrechte Theil nehmen zu lassen, welches nach dem vom vorigen Richter angenommenen und nicht angefochtenen Sachverhältniß ihm nur für seine Person zusteht, nicht mehr zu dem Zweck erfolgen, um dadurch eine Richtigkeit des zweiten Urtels darzuthun. Die Beurtheilung muß sich vielmehr darauf beschränken, ob bei dem festgestellten, soeben angegebenen Sachverhältniß, nach der ferneren Behauptung des Klägers eine unrichtige Anwendung des § 22 a. a. O. anzunehmen sei. Dies ist zu bejahen.

Die §§ 22—26 a. a. O. beziehen sich auf eine Klasse von Rechtsverhältnissen, die nach dem Röm. R. mehr dem usus, d. h. dem dinglichen Rechte eines auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten, ohne Fruchtnutzung möglichen Gebrauchs einer fremden Sache, angehören, als dem usus fructus, d. i. der Befugniß zur vollen Benutzung einer fremden Sache. Auch kamen gerade in der Lehre vom usus und der damit verwandten Lehre von der habitatio diejenigen Fragen vor, welche durch die gedachten Bestimmungen des ALR. entschieden sind. Insbesondere wird es dem Usuar untersagt, die Ausübung seines Rechtes einem Anderen käuflich zu überlassen oder zu vermiethen, ohne selbst einen Theil zu behalten. So heißt es l. 4 pr. D. 7, 8: Caeterum sine eo ne hos (sc. hospites, libertos et clientes; l. 2 § 1 l. 3 ibid.) quidem habitare posse, und l. 8 ibid.: „Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum."

Es konnte mithin weder das Recht des usus selbst, noch dessen Ausübung einem Anderen dergestalt übertragen werden, daß dieser ganz an die Stelle des ursprünglich Berechtigten trat. Wenn nun der § 22 a. a. O. verordnet: daß Rechte, welche nur zur Nothdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligt worden, auf andere Personen oder Sachen einseitig nicht übertragen werden sollen: so ist dies in der That nur die Anerkennung und Wiederholung jenes aus dem Röm. R. sich ergebenden und vor dem Erscheinen des ALR. durch die Praxis anerkannten Prinzips. Unter dem einseitigen Uebertragen, welches der § 22 untersagt, kann daher nur der Fall verstanden werden, wenn der Berechtigte das ihm zu seiner Nothdurft eingeräumte Recht oder dessen Ausübung ohne Zustimmung des Verpflichteten einem Anderen dergestalt überläßt, daß er selbst ganz ausscheidet und der Andere an seiner Stelle Inhaber des Rechtes wird.

Von einer solchen Aufgebung des streitigen Rechts seitens des Klägers und einer Uebertragung desselben auf seine Ehefrau und Kinder ist nach dem festgestellten Sachverhältniß gar nicht die Rede. Der Kläger will das ihm zustehende Wohnungsrecht selbst ausüben und seine Frau und Kinder daran nur Theil nehmen lassen. Wenn der App.-Richter gleichwohl entschied, daß solches nach § 22 a. a. O. nicht zulässig sei, so wandte er diese Vorschrift auf einen Fall an, wofür dieselbe nicht bestimmt ist. Seine Entscheidung muß daher vernichtet werden.

In der Sache selbst ist das erste Urtel abzuändern. Weder der Erbvergleich, noch der Vertrag bestimmt, daß die Altentheilswohnung im Thorspeicher des Bauerhofes des Verklagten dem Kläger und seiner damaligen, jetzt separirten Ehefrau nur für ihre Person zugesichert werde. Jene Verträge übergehen vielmehr diesen Punkt ganz mit Stillschweigen, und die Entscheidung der Sache ist daher von der Frage abhängig, ob nach den gesetzlichen Vorschriften ein Altsitzer auf die Leibzucht

---

fordern. Nach dem Zwecke des Altenth. u. §§ 17, 22 I 19 sowie §§ 450 ff. I 5 wird dies im Prinzip zuzugeben sein, indessen im konkreten Fall auf den Inhalt des Vertrages und die Natur der einzelnen Leistungen, aus denen keineswegs nothwendig die Theilung zur Hälfte folgt, zu sehen sein.

Aus der Verbindung mit der Person des Berechtigten sind wichtige praktische Folgen gezogen, bei denen aber ebenfalls sorglich auf die Natur der einzelnen Prästationen zu sehen ist. Es folgt daraus die Unübertragbarkeit des ganzen Rechts als solchen auf eine andere Person, die Unveräußerlichkeit, auch in der Zwangsvollstreckung, nicht aber die Unmöglichkeit der Ausübung durch eine andere Person, soweit es die Natur der Prästation gestattet, § 110 I 21. Ein Beispiel giebt Erk. c., wo ebenso wie in Erk. e. auf den Unterschied für die Beurtheilung hingewiesen wird, wenn der Altsitzer eine getrennte Wohnung hat und wenn er nur mit dem Verpflichteten zusammen denselben Wohnraum hat. In ersterem Falle ist auch in ObTr. 48 S. 134 (StrA. 46 S. 220) der Ausgedingerin die Aufnahme des zweiten Ehemanns u.

heirathen und den neuen Ehegatten sowie die mit demselben erzeugten Kinder an dem Wohnungsrechte Theil nehmen lassen darf.

Das ALR. enthält für diese Frage keine Entscheidungsquelle, da es die näheren Bestimmungen wegen des Altentheiles den Provinzialgesetzen vorbehalten hat, § 605. Für den vorliegenden Fall sind indeß auch keine provinzialrechtlichen Vorschriften vorhanden, und die Entscheidungsnormen müssen daher aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur der Leibzucht entnommen werden. Nach gem. R. ist die aufgeworfene Frage streitig. Mehrere Rechtslehrer beantworten sie, zum Theil schon wegen der Parömie: „ein Leibzüchter darf nicht züchten", d. i. nicht zeugen, hauptsächlich aber deshalb verneinend, weil durch eine anderweite Verheirathung des Altsitzers das zur Zeit der Bestellung der Leibzucht bestandene Verhältniß sich ändere, und darauf, daß an die Stelle desselben nur ein ähnliches trete, um so weniger Rücksicht genommen werden dürfe, als sich keinesweges annehmen lasse, daß das eingegangene Verhältniß in jeder Beziehung dem früheren gleich sei und den Verpflichteten nicht mehr belästige als dieses; Mirus, de reservato rustico VI. Andere bejahen die Frage schlechtweg; Biener, Opusc. Vol. II Cap. 24. Zachariae, Libr. quaest. Qu. 21 § 1. Hommel, Rhaps. quaest. Vol. II Obs. CCLIII, und zwar mit auf den Grund der l. 4 § 1 D. 7, 8, insofern bei Eingehung der Leibzucht nur nicht die Persönlichkeit des verstorbenen Ehegatten in Anschlag gekommen ist, was dann angenommen werden soll, wenn Eltern ihr Grundstück an ihre Kinder abgetreten haben; Hänsel, von dem Auszuge. § 16 Nr. 9 S. 150, 151. Noch Andere unterscheiden, ob dem Leibzüchter nur der freie Insitz im Gute zustehe, und er im Uebrigen Beköstigung und Pflege von dem Gutsannehmer erhalte, oder ob ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seiner Unterhaltung besondere Prästationen oder Ländereien ausgesetzt seien. Im ersten Falle soll der neue Ehegatte zur Theilnahme an dem Wohnungsrecht nicht befugt sein, wohl aber im letzten. Dieser Unterschied ist richtig. Nahm der Leibzüchter nur Theil an der gemeinschaftlichen Wohnung und erhielt er nur die nöthige Pflege von dem Gutsannehmer, so verändert sich durch den Tod eines der Berechtigten die Verbindlichkeit des Verpflichteten wesentlich. Der Anspruch des einen Theilnehmers ist erloschen, und das nur noch auf das individuelle Bedürfniß des Ueberlebenden beschränkte Verhältniß gestattet durchaus keine Theilnahme eines Dritten, die in der That eine vertragswidrige Ausdehnung der bewilligten Rechte sein würde. Kann man gleich dem Leibzüchter nicht wehren, zu heirathen, so folgt doch nicht, daß er Rechte, die ihm für seine Person allein zustehen, auch für den neuen Ehegatten und die mit demselben erzeugten Kinder verlangen dürfe, wie dies auch in den Gesetzen verschiedener Landestheile verordnet ist; Münstersche EigenthO. v. 10. Mai 1770 Th. 2 Tit. 10 § 13; Münstersche ErbpO. v. 21. Sept. 1783 § 160; Thomas, System aller Fuldischen Privat-Rechte § 526.

Anders verhält sich die Sache im zweiten Falle, wenn dem Leibzüchter eine abgesonderte Wohnung mit bestimmten Prästationen oder Ländereien gewährt werden muß. In diesem Falle ist das Wohnungsrecht untheilbar; weder dem einen noch dem anderen Ehegatten ist ein bestimmter Theil der Wohnung, ein abgemessener Raum derselben, bestimmt; es

---

der Kinder in den Wohnraum gestattet, weil darin Alienation nicht enthalten, die §§ 22, 24, 25 I 19 unanwendbar. In letzterem Falle würde die Mitaufnahme Anderer eine unzulässige Aenderung und Erschwerung der Last enthalten. Nach der Natur der einzelnen Leistung bestimmt sich auch die Cessibilität der Ausübung. Vgl. darüber StrA. 84 S. 316; 86 S. 94 zu § 382 h. t.; Nr. 211. Unbedenklich ist StrA. 58 S. 253, daß der kranke und altersschwache Auszügler das Melken der eisernen Auszugskuh durch Andere bewirken lassen kann. Aus der Verknüpfung an die Person folgt, daß das Altentheilsrecht als solches nicht in die GG. fällt, § 363 II 1. In ObTr. 66 S. 41 war Eheleuten ein Altentheil mit der Bestimmung stipulirt, daß der Ueberlebende ihn ganz behalten solle. Die Eheleute lebten in GG. und ein Gläubiger nahm nach dem Tode des Ehemanns den Altentheil wegen einer gg. Schuld in Anspruch. Dies ist abgelehnt, weil nach dem Tode des Ehemanns der Altentheil von dem Ueberlebenden aus eigenem Recht bezogen wird, §§ 634, 660 II 1. Noch klarer zeigt die praktische Wirkung ObTr. 69 S. 214. Hier hatte der Gläubiger während

läßt sich daher auch nicht annehmen, daß durch den Tod des einen Leibzüchters ein Theil der Wohnung dem Verpflichteten zur Disposition anheim gefallen wäre. Der Ueberlebende ist und bleibt Inhaber des Wohnungsrechts, und die ihm noch zustehenden Altentheils-Präſtationen sind seiner Verfügung unterworfen; die Last des Verpflichteten wird mithin durch die Aufnahme des neuen Ehegatten in die Leibzuchtswohnung auf keine Weise vermehrt. Es ist daher auch in dem angenommenen Falle nach Partikulargesetzen dem Leibzüchter unter Modifikationen verstattet, auf die Leibzucht zu heirathen; Münstersche EigenthO. § 11; Münstersche ErbpO. § 158; Minden-Ravensbergsche EigenthO. v. 26. Nov. 1741 Kap. 12 § 12; Osnabrücksche EigenthO. von 1722 Kap. 7 § 16. Vgl. auch Struben, rechtliche Bedenken Bd. II Nr. 145; Runde, von der Leibzucht § 43 II.

Die Anwendbarkeit der entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall unterliegt keinem Bedenken. Nach dem Schlusse des Vertrages ist ausdrücklich verabredet, daß dem überlebenden Leibzüchter die Wohnung und Feuerung bleiben soll, und sich die Reduktion des Altentheils beim Absterben eines der beiden Altsitzer nur auf bestimmt angegebene Präſtationen erstreckt. Jenes hätte aber in der Allgemeinheit, wie geschehen, nicht ausgedrückt werden können, wenn nach dem Tode des einen Leibzüchters der Ueberlebende in seinem Wohnungsrechte und den aus demselben fließenden Befugnissen hätte beschränkt werden sollen. Ebensowenig waltet endlich darüber ein Zweifel ob, daß die dem Leibzüchter eingeräumte Wohnung im Thorspeicher und die dazu gehörigen Ställe für sich bestehende, zum ausschließlichen Gebrauch der Leibzüchter bestimmte Räume sind.

Gründe: d. Es waltet unter den Parteien kein Streit darüber ob, daß den Klägern vertragsmäßig auf dem Besitzthume des Verklagten freie Wohnung im Auszugshäuschen nebst allen Stallungen, zwei Kammern und die Benutzung eines daneben nach der Dorfstraße zu liegenden Platzes von vier Ruthen Länge und zwei Ruthen Breite zum Anbau von Gartenfrüchten zu gewähren sei. Verklagter hat dies anerkannt, erachtet sich aber nicht für verbunden, ein neues Haus, in den früheren Dimensionen und gerade an derselben Stelle, an welcher das frühere Haus bestanden, wieder aufbauen zu müssen. Er wendet auch ein, daß er mit den Klägern ein Uebereinkommen getroffen habe, wonach Kläger sich eine passende Wohnung zur Miethe nehmen sollten, während er, der Verklagte, den dafür erwachsenden Miethszins tragen würde. Der App.-Richter geht davon aus, daß die Kläger zu der vom Verklagten offerirten anderweitigen Erfüllungsart nicht gezwungen werden könnten, da solche ihnen gegenüber eine Erschwerung involviren würde, in welche sie sich nicht zu fügen brauchten, der Aufbau auf derselben Stelle aber schon durch die Beziehung der Wohnung zu den anderweitigen Leistungen des Verklagten seine Bedeutung fände. Er meint ferner, daß die Vorschriften der §§ 17 ff. I 19 ALR. hier nicht zuträfen, da der Verklagte sich gar nicht darüber ausgelassen habe, daß und wie eine Einschränkung der Rechte der Kläger zum Besten seiner, des Verklagten, vorliege, auch dem die Thatsache nicht entgegenstehe, daß Verklagter auf der Stelle des alten Auszugshauses einen Kretscham aufgebaut habe, da ja dieser Bau erst nach Anstellung der Klage und unter dem Widerspruch der Kläger erfolgt sei. Der App.-Richter erkennt eine Unmöglichkeit der Erfüllung nicht

---

bestehender GG. Arrest auf den Altentheil ausgebracht, dessen Löschung die Ehefrau nach dem Tode des Ehemanns folgte, nach welchem ihr der Altentheil allein zugefallen. Das ObTr. hat auf die Löschung erkannt, weil nach § 363 II 1 das Altentheilsrecht selbst nicht in die GG. gefallen, nur die einzelnen Präſtationen, der Genuß des Rechts, nach § 22 I 19 auch das Recht als solches nicht Gegenstand der Exekution, nach Auflösung der Ehe deshalb der Arrest von selbst sein Objekt verloren.

Insofern und insoweit die einzelnen Präſtationen zur Lebensversorgung des Berechtigten dienen, haben sie, wie die Praxis angenommen, die Natur der Alimente. Gefolgert ist daraus, daß sie nach §§ 61—63 I 16 regelmäßig praen. quart. fällig, § 49 Einl.; ObTr. 39 S. 74, und daß die compens. gegen solche Forderungen unzulässig. Ueber Letzteres vgl. zu §§ 366, 367 I 16 namentlich ObTr. 61 S. 87 (StrA. 75 S. 162); ObTr. 56 S. 134; StrA. 84 S. 69.

Aus der obligatorischen Natur des Anspruchs auf die einzelnen im Altenth. enthaltenen

an, denn das neue Haus könne wieder weggeschafft werden, und erachtet endlich den Einwand des erwähnten Miethsabkommens für unbegründet, weil solches nur mündlich erfolgt war, während zu seiner Gültigkeit die schriftliche Form erforderlich gewesen sein würde.

Die NichtBeschw. rügt gegen diese Erwägungen eine Verletzung des § 11 I 16 und der §§ 15—17, 20 I 19 ALR., welche über die Einschränkungen des Eigenthums handeln und insbesondere in zweifelhaften Fällen die Vermuthung für diejenige Art der Einschränkung eintreten lassen, welche dem Eigenthümer am wenigsten lästig ist. Sie meint, daß daraus, daß Verklagter den Klägern vertragsmäßig die Wohnung in der bedungenen Art zu gewähren habe, noch nicht folge, daß er zu dem Bau auf derselben Stelle verpflichtet sei. Das Wohnungsrecht sei durch den Abbruch des alten Hauses untergegangen, und damit auch alle darauf haftenden Rechte in Wegfall gekommen, § 2 I 16. Es könnten daher die Kläger, wenn der Aufbau des neuen Kretschams eine weitere Ausübung ihrer Rechte nicht mehr zulasse, dafür nur verhältnißmäßige Entschädigung beanspruchen, §§ 3, 4 a. a. O.

Diese Beschwerde war begründet. Denn wenn der Richter davon ausgegangen war, daß vorliegend im Sinne des § 369 I 5 ALR. eine Unmöglichkeit der bestimmten Erfüllungsart nicht anzunehmen sei, weil das vom Verklagten neu erbaute Haus wieder weggeschafft werden könne, und es daher vom freien Willen des Verklagten abhänge, alsdann das Auszugshaus auf der alten Stelle wieder aufzubauen, so konnte diese Annahme nicht für zutreffend erachtet werden. Denn es steht ja fest, daß das alte Auszugshaus, welches den Klägern vertragsmäßig zur Nutzung überlassen war, hat niedergelegt werden müssen. Damit war aber, mochte die Anordnung gerechtfertigt sein oder nicht, das Objekt untergegangen, auf welchem das Nutzungsrecht der Kläger gehaftet hatte, indem nach § 2 I 16 a. a. O. der gänzliche Untergang einer Sache von selbst den Verlust aller darauf haftenden Rechte zur Folge hat. Es hatte daher der Richter, insoweit als er dem entgegen annahm, daß die Unmöglichkeit der Erfüllungsart bezüglich der gedachten Nutzungen nicht anzunehmen sei, hiergegen, sowie gegen die §§ 369 ff. I 5 a. a. O., welche hierüber handeln, gefehlt. Wenn nun hiernach von einer Erfüllung resp. derselben Erfüllungsart in der Nutzung des nicht mehr existirenden alten Auszugshauses nicht mehr die Rede sein kann, und demgemäß der Verklagte, wie er nicht bestreitet, zu einer anderweitigen Erfüllungsart oder Entschädigung der Kläger verpflichtet war, so folgt daraus noch nicht, daß Kläger jede andere beliebige Erfüllungsart beanspruchen können, und namentlich nicht, daß Verklagter das neue Auszugshaus gerade auf der Stelle des alten Hauses erbauen muß, da ihr Recht nicht sowohl an die Hausstelle, als vielmehr an die ganze Gärtnerstelle des Verklagten, wie sie ihm veräußert war, geknüpft ist, und bei der Wahl der neuen Erfüllungsart auch das Recht des Eigenthümers der Stelle als solcher in Erwägung kommen mußte. Nach dieser Seite hin waren aber allerdings die §§ 17, 18 I 19 von Bedeutung, indem sie vorschreiben, daß die Art und Gattung des Rechts auf eine fremde Sache in zweifelhaften Fällen zum Besten des Eigenthümers eingeschränkt werden müssen, und indem sie sagen: doch ist dabei dahin zu sehen, daß der Berechtigte an dem nützlichen

---

Leistungen folgt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Umwandlung des Anspruchs auf die Naturalleistung in den Interesseanspruch auf Geldzahlung im Falle der Nichtleistung. Der Fall ist für die Praxis besonders wichtig. Behandelt ist er in dem Erk. e., in welchem den allgem. Grundsätzen entsprechend angenommen, daß die einfache Nichtleistung niemals den Anspruch auf Leistung in Geld aus dem Gesichtspunkt der Interesseforderung oder der Bereicherung zu begründen vermag. Es folgt dies aus §§ 270, 273, 285 ff. I 5. Nur mora des Verpflichteten oder Verschulden anderer Art begründet die Forderung des Altentheilsberechtigten auf Geldzahlung statt Naturalleistung. Unter Nr. 101 Bd. I S. 442 ist auf den hier namentlich oft eingreifenden Gesichtspunkt hingewiesen, daß nicht rechtzeitige Erfüllung für den Berechtigten überhaupt keine Erfüllung mehr ist und deshalb das Interesse an die Stelle tritt, ohne daß dasselbe als andere Erfüllungsart bezeichnet werden darf. Unter den Gesichtspunkt verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung faßt die Praxis, StrA. 65 S. 144, mit Recht die durch schlechte Behandlung erzwungene Entfernung des

Gebrauche seines Rechts nichts gehindert, oder ihm dasselbe gar vereitelt werde. Es kommt daher darauf an, die neue Erfüllungsart in der Weise zu wählen, daß der Verklagte in dem nützlichen Gebrauche seines Eigenthums nicht behindert werde, und dies würde der Fall sein, wenn er gezwungen würde, den Kretscham, welchen er auf der alten Hausstelle erbaut hat, wieder zu beseitigen, *während er gegentheils die neue Erfüllungsart durch den Bau eines Auszugshauses auf einem anderen geeigneten Theile des verpflichteten Grundstücks ausführen konnte*, ohne daß Kläger hierdurch eine wesentliche Hinderung oder Vereitelung ihres Rechts erlitten.

Der App.=Richter hat daher auch diese Vorschriften durch zu beschränkte Anwendung verletzt, wenn er annahm, daß der Verklagte verpflichtet sei, das neue Auszugshaus gerade auf derselben Stelle, auf welcher das alte gestanden hatte, zu erbauen.

Was die Sache selbst anlangt, so ergiebt sich deren Entscheidung aus dem Vorstehenden von selbst. Verklagter hatte seine Verpflichtung nicht bestritten, den Klägern anstatt des niedergelegten älteren Auszugshauses ein neues Haus nebst dem dazu gehörigen ihnen vertragsmäßig zustehenden Landstücke zu gewähren; er hat nur in Abrede gestellt, ihnen das Haus gerade auf derselben Stelle, auf welcher es früher bestanden, aufbauen zu müssen. Nach vorstehender Erörterung war er aber dazu nicht verpflichtet, und es folgt daraus, daß nach Vernichtung des App.=Urtheils und unter Abänderung der ersten Entscheidung die Kläger mit ihrem so formirten Antrage zurückgewiesen werden müssen.

Gründe: e. Der dem App.=Richter gemachte Vorwurf, daß derselbe das Wesen und die rechtliche Natur des Altentheils=Vertrages verkannt und dadurch den § 602 I 11 verletzt habe, ist begründet.

Aus § 602 erhellt, daß das ALR., entsprechend dem Gem. Deutschen Privatrechte (*Runde* § 521), als ein wesentliches Merkmal des Auszugs voraussetzt, daß die darin begriffenen Naturalleistungen *aus dem Gute* durch Einräumnng einzelner Gebrauchs= und Nutzungsrechte dem Altentheilsberechtigten zu erfüllen sind, die in einem Altentheilsvertrage *ohne nähere Bestimmung* zugesicherte freie Wohnung mithin in nichts Anderem besteht, als in der unentgeltlichen und lebenslänglichen Gewährung eines Obdachs auf der belasteten Rustikalstelle von der den örtlichen Verhältnissen und der Stellung eines bejahrten Mitgliedes der Hausgenossenschaft entsprechenden Beschaffenheit.

Wenn daher der App.=Richter, ohne zu prüfen, ob die klagende Auszüglerin in der Lage war, nach ihrer Wiederverheirathung von dem ihr und ihrem ersten Ehemanne stipulirten Wohnungsrechte Gebrauch zu machen, ohne den Einwand des Verklagten zu beurtheilen, *daß er sie zur Beziehung der Altentheilswohnung vor mehreren Jahren erfolglos aufgefordert*, ohne thatsächlich etwas Weiteres festzustellen, als daß der Verklagte als Besitzer des von einem früheren Eigenthümer mit dem Altentheile belasteten Bauerguts freie Wohnung zu gewähren habe, und daß die Altentheilswohnung bisher nicht benutzt worden sei, unter Verweisung auf die §§ 285 ff. I 5, also auf die Vorschriften, nach welchen der, welcher bei Abschließung oder Erfüllung eines Vertrages seine Pflichten *vor*=

Altsitzers von der Stelle, wo er an sich die Prästationen zu empfangen, zu genießen und regelmäßig zu *fordern* hat. Vgl. ObTr. 60 S. 8 (StrA. 71 S. 313), Erk. a. Nr. 122 Bd. I S. 549 über die Ananwendbarkeit des § 408 I 5. Die *Forderung* wird regelmäßig zur Herbeiführung der mora nöthig sein. Unter das Interesse *kann* auch fallen, daß der Altsitzer bei erzwungenem Verziehen nach anderem Ort die Lieferung *dorthin* zu fordern hat. Vgl. über alles dies die Erk. StrA. 3 S. 325, 44 S. 156, 6 S. 163 unt. Nr. 101 Bd. I S. 442, 444 u. unt. Nr. 118 Bd. I S. 532, 533, 534; auch StrA. 38 S. 258; 88 S. 337, ebenso StrA. 82 S. 20 unt. Nr. 121 Bd. I S. 546, 547. Im Zusammenhange mit diesen Fragen steht die in StrA. 64 S. 17 (vgl. unt. Nr. 167 Bd. I S. 882) behandelte Frage, ob und welchen Anspruch die Erben des vom verpflichteten Eigenthümer ermordeten Ausgedingers haben. Vgl. *Förster* (*Eccius*) 3 § 188_{106}; *Dernburg* 1 § 310_{18}. In dem entschiedenen Falle war nach der Ermordung das Grundstück des zum Tode verurtheilten Verpflichteten subhastirt und ein Erlös von 129 Thlr. für die Erben des Eigenthümers übrig

sätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, dem anderen sein ganzes Interesse vergüten muß; wenn endlich der App.-Richter hierbei ausdrücklich hervorhob, daß sich die Mitbenutzung der Auszugswohnung als eine Bereicherung des Verklagten nicht ansehen lasse, ihn gleichwohl für verpflichtet erachtete, der Klägerin als Schadensersatz den in fremder Wohnung gezahlten Miethszins zu erstatten, und sie mit ihrer Klage, weil diese nicht darauf gerichtet worden, blos angebrachtermaßen abwies, so erhellt, daß ein gänzliches Verkennen der rechtlichen Natur des Altentheilsvertrages seiner Entscheidung zum Grunde lag, indem er das wesentlich bedingte Recht auf eine Altentheilswohnung als ein unbedingtes Recht auf freie Wohnung auffaßte. Bei freier Beurtheilung muß die Bestätigung des ersten Urtheils erfolgen.

Gerechtfertigt erscheint die gänzliche Abweisung, weil die Klage für das Recht, statt der vertragsmäßigen Naturalleistung den Geldwerth derselben zu fordern, jeder Begründung entbehrt. Grundlos erscheint der beregte Anspruch, weil der Vertrag, durch welchen S. seinen Eltern einen Auszug bei Uebernahme ihres Bauerguts stipulirte, und der Vertrag, durch welchen der jetzige Verklagte von seinen Eltern dasselbe Bauergut erwarb und dabei sich zur Fortentrichtung des für die früheren Besitzer darauf haftenden Altentheils verpflichtete, ohne nähere Bestimmung des Umfanges und der Beschaffenheit des streitigen Rechts dasselbe blos bei Aufzählung der Auszugsprästationen mit den Worten anführen: „freie Wohnung". Bei dem fehlenden Nachweise, daß die Auszugsberechtigte Anspruch auf eine abgesonderte Auszugswohnung hatte, steht mithin die Thatsache, daß sie während der Jahre, um die es sich hier handelt, in einem anderen Dorfe mit ihrem Manne zweiter Ehe lebte, ihrer Klage entgegen, weil sie nicht für berechtigt zu erachten ist, ihren zweiten Ehegatten in die Auszugswohnung mit aufzunehmen, da hierin eine Erschwerung der vertragsmäßigen Last für den Verklagten gelegen hätte, andererseits aber das Zusammenleben der Eheleute ein gesetzliches Gebot ist, § 175 II 1 ALR. Außerdem wurde von der Klägerin nicht einmal bestimmt behauptet, daß von ihr die Einräumung der Auszugswohnung jemals verlangt worden war. Dieser Nachweis gehörte aber unter den obwaltenden Umständen nach der oben entwickelten Natur des Rechts ebenfalls zur Begründung der Klage, § 20 I 16 ALR.

Auch die zweite Beschwerde des Imploranten, wegen seiner Verurtheilung zur Zahlung von 96 Rthlrn. 7 Sgr. 6 Pf., war für begründet zu erachten. Der App.-Richter hielt den Anspruch der Klägerin auf die Erstattung des Geldwerths für folgende Altentheilsprästationen, welche dieselbe in den fünf Jahren v. 1. Jan. 1847 bis letzten Dez. 1851 nicht bezogen, nämlich für Feuerung, für die Weide einer Kuh, die Fütterung eines Schafes und einer Gans, und für die Benutzung des dritten Theils eines Gartens, für rechtmäßig und führte wörtlich aus: „anlangend diese Prästationen, so steht es fest, daß Verklagter durch die Nichtgewährung derselben um deren jährlichen Werth mit dem Schaden der Klägerin reicher geworden ist, und daß der durch die Nichtgewährung der Klägerin entstandene Schaden wenigstens dem jährlichen Werthe derselben gleichkommt." Zwar kann der von dem Imploranten als verletzt bezeichnete, dahin formulirte Rechtssatz: „der Altentheilsberechtigte

---

geblieben. Die Erben des Ausgedingers hatten zunächst in einem Vorprozeß aus § 360 I 5 u. § 545 h. t. vergeblich auf Zahlung des doppelten Kaufpreises geklagt. Demnächst klagten sie auf Zahlung des Resterlöses aus der Subh. an sie. Das Ausgedinge war ursprünglich in dem Kaufvertrage zwischen dem Ausgedinger und seinem Sohne konstituirt, der das auf 600 Thlr. geschätzte Grundstück für das Ausgedinge übernommen, dann für 440 weiterverkauft, während es für 390 Thlr. und Uebernahme des Altentheils in die Hände des Mörders gelangt war. Bei der Subh. brachte das vom Altenth. befreite Grundstück 815 Thlr. Der 2. Richter nahm an, daß den Erben der Werth des Altentheils bis zum präsumtiven natürlichen Tode des Altsitzers zu zahlen sei. Dies hat das ObTr. aus dem unt. Nr. 167 angegebenen Grunde verworfen, ist aber einmal auf den Gesichtspunkt der Bereicherung eingegangen, die in der Befreiung des Grundstücks von der Last und dem dadurch erhöhten Werthe des Grundstücks liege, während der Schade allerdings nicht in dem Verlust des Lebens oder in dem Verlust des Altentheils für den Lebensrest, sondern darin liege, daß dem Berechtigten die für das

ist verpflichtet, die mit dem Altentheil verbundenen Vortheile auf dem Gute selbst in Empfang zu nehmen, und kann im Entstehungsfalle darauf keinen Anspruch erheben," insoweit, als der Implorant, wie aus seinem Versuch, diesen Satz zu motiviren, hervorgeht, damit meint, die Vortheile des Altentheils müßten ohne Ausnahme auf dem belasteten Gute genossen werden, in seiner Allgemeinheit keine Anerkennung finden, sondern ist nur insoweit richtig, als er auf solche Auszugspräftationen angewendet wird, die, ohne die Verbindlichkeit des Verpflichteten zu verändern oder zu erschweren, nicht von dem auswärts lebenden Auszügler bezogen werden können. Gerade von solcher Beschaffenheit sind aber die hier in Rede stehenden Berechtigungen des Auszüglers, und deshalb trifft nach dem oben erörterten Wesen des Auszugs der weitere Vorwurf des Imploranten zu, daß der App.-Richter die rechtliche Natur des Altentheilsvertrages verkannt und den § 602 I 11 verletzt habe. Denn der Anspruch des Auszüglers auf „freie Feuerung" ist nicht identisch mit dem Recht auf unentgeltliche Gewährung des Feuerungsmaterials für seinen unabweislichen Bedarf, sondern modifizirt durch seine Obliegenheit, sich dabei an die auf der belasteten Rustikalstelle vorhandenen Einrichtungen für Beheizung zum Kochen, Backen und dergleichen verweisen zu lassen. Und ebenso schließen die Altentheilsvortheile auf Weide und Futter für einzelne Viehstücke nicht den Anspruch auf bestimmte Futterquantitäten in sich, sondern sie bestehen in der Befugniß des Auszüglers, sich auf der belasteten Rustikalstelle die bewilligten Stücke Vieh zu halten und die Mittel zu deren Unterhalt zwar unentgeltlich zu empfangen, aber wieder unter der Beschränkung, sich auch dabei an die vorhandenen Hülfsquellen, z. B. auf Saat- und Stoppelhütung, Sichelgräserei, mancherlei Abraum u. s. w. verweisen zu lassen. Gleichergestalt giebt das Recht auf die Benutzung eines bestimmten Antheils eines Gartens an sich dem Auszügler keinen Anspruch auf den verhältnißmäßigen Geldwerth dieses Rechts, weil der Gewinn der Nutzungen dabei von seiner Thätigkeit bedingt ist. Die Entscheidung des App.-Richters wird auch dadurch nicht gehalten, daß er aus dem Umstande allein, daß die Klägerin die beregten Altentheilsvortheile nicht bezogen, im Betrage ihres Geldwerthes eine Bereicherung des Verklagten mit dem Schaden der Klägerin folgerte. Denn dieser Entscheidungsgrund ist gleichfalls vom Imploranten mit Erfolg angegriffen. Zunächst durch den Vorwurf, daß der App.-Richter die rechtliche Natur des Altentheils verkannt habe. Die Imploranten behaupten zwar, jener richterliche Ausspruch enthalte eine faktische Feststellung; er ist aber eine bloße richterliche Folgerung aus dem Faktum, daß die Klägerin jene Vortheile nicht bezogen habe. Denn in den Erkenntnißgründen findet sich auch nicht ein faktisches Moment für eine vom Verklagten verursachte Schadenszufügung oder die Erreichung eines unerlaubten Vortheils für denselben festgestellt. Mit Grund ist ferner auch das Urtheil des App.-Richters über die Bereicherung des Verklagten als ein Verstoß wider die §§ 230, 262, 264, 277 I 13 ALR. angefochten. Denn obschon der App.-Richter diese Gesetzstellen weder allegirte, noch seinen Ausspruch überhaupt näher motivirte, so bilden dafür doch die mißverstandenen Bestim-

---

Grundstück bedungene Gegenleistung, der Uebernahmepreis (bezw. ein Theil desselben) entzogen worden, und dieser Verlust sei ein vermögensrechtlicher und auf die Erben übergegangen. Dabei ist die analoge Anwendung der §§ 620, 621 h. t. nach § 49 Einl. für zulässig erklärt und schließlich der Rest des Erlöses zugesprochen. Der 1. Richter hatte abgewiesen, weil durch die Ermordung nicht die Erfüllung unmöglich gemacht, sondern das berechtigte Subjekt fortgefallen. Daß der Mörder zur Schadloshaltung verpflichtet, konnte nach § 35 I 3; §§ 104, 117 I 4; §§ 317, 318, 320 I 5 nicht zweifelhaft sein, ebensowenig, daß dieses Recht und diese Pflicht aus der oblig. auf die Erben aktiv u. passiv übergeht. Fraglicher ist die Konstruktion des Inhalts des Anspruchs, gegen die analoge Anwendung der §§ 621, 622 h. t. aber nichts zu erinnern. (Dagegen Förster (Eccius) a. a. O., dafür Dernburg a. a. O.)

Ueber die Anwendung der kurzen Verjährung aus § 2 Nr. 5 Ges. v. 31. März 1838 vgl. unt. Nr. 180 b. Bd. I S. 1025 und ObTr. 73 S. 211 unt. Nr. 101 Bd. I S. 442 u. unt. Nr. 180 Bd. I S. 1009.

mungen über die unerlaubte Bereicherung mit dem Schaden des Anderen (§ 230), über den Begriff der nützlichen Verwendung und die daraus entstehende Erstattungs-Verbindlichkeit (§§ 262, 263), die einzig denkbare Grundlage; deren Unhaltbarkeit aber ergiebt sich aus der Unstatthaftigkeit, auf die Verletzung kontraktlicher Pflichten die Vorschriften über die nützliche Verwendung anzuwenden (§§ 277 a. a. O.), und aus der bloßen Nichtbenutzung eines Vortheils auf eine Schadenszufügung durch den Verpflichteten zu schließen, § 24 I 6 a. a. O.

Nr. 209. §§ 340—362 (§§ 21—26); I 15 § 42; Subh.-Ordnung v. 15. März 1869; Subh.-Gesetz v. 13. Juli 1883; CPO. §§ 716 ff. Versteigerung. Gerichtlicher (freiwilliger, nothwendiger) Verkauf.*)

a) Erk. v. 3. Juli 1866; ObTr. 58 S. 83.
b) Erk. v. 12. Jan. 1869; StrA. 73 S. 242.
c) Erk. v. 10. Mai 1867; ObTr. 58 S. 88.
d) Erk. v. 6. Nov. 1876; ObTr. 78 S. 292.
e) Erk. v. 15. Sept. 1873; ObTr. 70 S. 247.
f) Erk. v. 13. Nov. 1872; ObTr. 68 S. 153 (StrA. 87 S. 27).

Im Falle a. war 1847 das den D.'schen Eheleuten gehörige Grundstück Nr. 71 zu P. ohne Aufgebot und Präklusion der Eigenthumsprätendenten zur nothw. Subhastation gebracht und dabei 9 Morgen mittaxirt, zugeschlagen und dem Ersteher übergeben, welche nicht zu dem Grundstück Nr. 71, sondern zu dem Grundstück Nr. 89 der K.'schen Eheleute gehörten. 1863 klagten nach dem Tode der D.'schen Eheleute deren Kinder und Erben gegen den Besitznachfolger des Erstehers auf Herausgabe der 9 Morgen, weil sie als Erben der K.'schen Eheleute Eigenthümer derselben. Der 2. Richter wies ab, weil die Kläger als Erben der D.'schen Eheleute, welche als Verkäufer in der nothw. Subh. anzusehen, nicht vindiziren könnten. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. war A. Meistbietender in nothw. Subh. geblieben, vom Extrahenten aber in der Zeit zwischen dem Versteigerungstermin u. dem Termin zur Publikation des Zuschlagsurtheils schriftlich angezeigt, dass er befriedigt, der Aufhebung der Subh. nicht entgegen stehe, wenn der Schuldner die Kosten zahle. Das Zuschlagsurtheil wurde in Folge dessen nicht erlassen, die Klage des A. gegen den Schuldner auf den Zuschlag in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle c. hatte A. ein seit Febr. 1862 sequestrirtes Gut durch Adjudikatoria v. 19. Dez. 1862 erstanden, nachdem er im Bietungstermin im Nov. 1862 Meistbietender geblieben. Noch am 23. Jan. 1863 hatte der Sequester von dem Gute 100 Scheffel, ebenso 100 Scheffel am 11. u. 16. Dez. 1862 verkauft. Bei der Kaufgelderbelegung im Febr. 1863 nahm der Ersteher den Erlös dafür gegen die Hypothekengläubiger in Anspruch. — Im Falle d. hatte A. das Rittergut Dl. in nothwendiger Subh. erstanden und vindizirte gegen B. eine in dessen Besitz befindliche Enklave der Gemarkung Pasierby, welche zu dem Vorwerke R. gehört, das früher Theil des Gutes Dl. Er stützte sich darauf, dass die Gemarkung Pasierby im Grundbuch von Dl. als Theil desselben eingetragen, das im Auszuge aus der Grundsteuermutterrolle verzeichnete Areal sich nur er-

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 308 unt. 2; 1 §§ 233, 237; Dernburg (4. Ausg.) 1 §§ 343 ff., § 358; Förster (Eccius) 2 § 130. — Der gerichtliche, d. h. nicht der vor

gebe, wenn die Enklave hinzugerechnet. Der Beklagte wies nach, dass das Vorwerk R. schon vor der Subhastation abgeschrieben und auf ein neues Folium übertragen und die vindizirte Enklave auch in dem bei der Abschreibung ertheilten Auszuge aus der Grundsteuermutterrolle enthalten. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter die Klage abgewiesen. — Im Falle e. vindizirte A. gegen den Ersteher in nothw. Subh. verschiedene Gutsinventarstücke, welche demselben mitübergeben waren, unter der Behauptung, dass er dieselben vor der Subhastation theils gekauft und nur zeitweilig auf dem Gut belassen, theils dem früheren, während der Subhastation exmittirten Pächter geliehen. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter abgewiesen. — Im Falle f. war ein Grundstück der Erben N. auf Antrag der Miteigenthümerin verehl. D. zum Zweck der Auseinandersetzung in nothwendiger Subhastation vom Beklagten erstanden. Bei der Kaufgelderbelegung fand sich, dass auf dem Antheil der verehel. D. allein Hypotheken hafteten, welche den Kaufgelderantheil derselben überstiegen. Der Ersteher hatte deshalb den Kaufgelderantheil der D. und den überschiessenden Betrag der Hyp. nicht gezahlt, hinterlegt, bei dem eingetragenen Kaufgelderrest die Eintragung eines Vermerks, dass er ihn zu retiniren beanspruche, und die Einstellung der wegen des Kaufgelderrestes eingeleiteten Resubhastation erreicht. Als die D. auf Löschung und Fortsetzung der Resubhastation klagte, beantragte der Ersteher widerklagend die Verurtheilung der D., gemeinschaftlich mit den Erben N. die Hypotheken auf dem Antheil der D., soweit sie deren Kaufgelderantheil überstiegen, zur Löschung zu bringen, seine Befugniss zur Retention anzuerkennen und ihm das inzwischen bereits auf eine der Hypotheken Gezahlte zu erstatten. Das ObTr. hat mit dem 2. Richter die Klage abgewiesen und nach der Widerklage verurtheilt.

Gründe: a. Der App.-Richter geht nicht davon aus, daß das Eigenthum des B. D. und seiner Ehefrau an dem streitigen Grundstücke, welches zu dem Grund-

---

Gericht abgeschlossene, sondern der vom Gericht in den Formen des Gesetzes durch Ermittlung des Käufers vermittelte und festgestellte Kauf hat, soweit er ein freiwilliger, nach Fortfall des § 361 h. t. durch das Ges. v. 6. April 1839 (GS. S. 125) nichts Besonderes mehr, abgesehen von dem die exc. aus laesio en. ausschließenden § 343 h. t. Der gerichtliche nothwendige Verkauf von Mobilien in der Zwangsvollstreckung ist jetzt durch die §§ 716 ff. der CPO. geregelt. Wieweit daneben noch die §§ 340 ff. gelten können, darüber vgl. Förster (Eccius) a. a. O.; Dernburg § 358. Von Bedeutung können noch jetzt sein § 349 Nr. 1, §§ 353, 356, 355. Zu § 355 vgl. Erk. b. Nr. 126 Bd. I S. 571. Wichtig ist auch jetzt noch § 42 I 15, der schon früher wegen § 54 I 15 nur auf bewegl. Sachen bezogen wurde, für die Subh. jetzt jedenfalls seine Bedeutung durch die SubhO. v. 15. März 1869 und das SubhGes. v. 13. Juli 1883 (§ 40 Nr. 9, § 70) verloren hat. In Betracht gezogen wird hier nur die Subhastation von Immobilien im Sinne der SubhO. und des SubhGes. v. 13. Juli 1883. In beiden ist die Subh. in den § 180 des Ges. bezeichneten Fällen (im Konkurse, Beneficialerbe, Nachlaßpflege, Miteigenthum behufs Auseinandersetzung, Bergwerkseigenthum §§ 159, 161, 162, 234, 235g. Bergges.; §§ 40, 58, 60 I 8 ALR.) als nothwendige wesentlich der in der Zwangsvollstr. erfolgenden gleich behandelt. Für den gerichtlichen nothwendigen Verkauf in diesem Sinne handelt es sich hier nicht um das Verfahren, sondern um die Natur und die Wirkungen des Rechtsgeschäfts, welches bei der Versteigerung in der nothw. Subh. abgeschlossen wird. Die Grundlage des materiellen Rechts in dieser Beziehung bilden noch jetzt die §§ 340 ff. h. t. Die Kontroverse, ob das Rechtsgeschäft als Kauf oder was sonst anzusehen, kann für das Preuß. R. kaum als fruchtbar, und muß jetzt als erledigt bezeichnet werden. Die Preuß. Praxis hat angenommen, daß das Rechtsgeschäft nach Natur und Bestimmung unzweifelhaft Kauf, in §§ 340, 341 h. t. (vgl. § 216 I 20) ausdrücklich als solcher bezeichnet, daß der Ersteher unzweifelhaft Käufer, ObTr. 33 S. 266; StrA. 78 S. 17, und mindestens für die der Subh. in der Zwangsvollstreckung gleichgestellten Fälle der Subh. durch Miteigenthümer, Beneficialerben, Verwalter, Pfleger ist kein Grund dagegen zu erfinden. Auch in §§ 22, 23 und an zahlreichen anderen Stellen des SubhGes. v. 13. Juli 1883 ist das Geschäft für die Subh. in der Zwangvollstreckung als Kauf und Verkauf, als Kaufpreis bezeichnet, was der Ersteher zu berich-

stücke des K. und seiner Ehefrau Nr. 89 zu P. gehört hatte, schon zu der Zeit bestehend nachgewiesen worden, als die Subhastation des Grundstücks der D.'schen Eheleute Nr. 71 zu Pogorzela stattgefunden. Er entscheidet sich aber, sowohl für den Fall, daß dieses Eigenthum für erwiesen zu achten, als auch für den Fall, daß solches Eigenthum nicht anzunehmen, wider die Vindikations-Klage der Kläger, der Kinder und Erben des D., und der Enkel und Erben des K. Die Nicht.-Beschw. muß daher schon Erfolg haben, wenn auch für einen der vom App.-Richter vorausgesetzten Fälle seine Entscheidung als nichtig nachgewiesen wird. Und dies ist in der That durch den zweiten Angriff der Nicht.-Beschw. erfolgt, weshalb der erste Angriff, welcher für den Fall des Eigenthums der Subhastaten, gegen die Entscheidungsgründe des App.-Richters gerichtet worden, einer Erörterung und Prüfung nicht weiter bedarf. Anlangend nämlich den anderen bei den Entscheidungsgründen des App.-Richters vorausgesetzten Fall, nämlich den, daß das streitige Grundstück, welches später nach seinem Flächeninhalte, Umfange und Grenzen festgestellt und ausgewiesen, und in dem Erkenntnisse erster Instanz genau bezeichnet worden, zur Zeit der Subh. nicht Eigenthum der D.'schen Eheleute gewesen, so ist es ganz richtig und schon in ObTr. 44 S. 77 nachgewiesen, wenn der App.-Richter zunächst davon ausgeht: daß in nothwendiger Subh. durch den Zuschlag, *wenn die Vorladung und Präklusion der unbekannten Realprätendenten unterblieben ist*, auf den Adjudikatar nur das Recht des Subhastaten an dem Grundstücke übergehen kann, also das Eigenthum nur dann, wenn der Subhastat dasselbe hatte. Dagegen erscheint es ungerechtfertigt und mit Erfolg angegriffen, wenn der App.-Richter sein Erkenntniß auf eine Argumentation gründet, nach welcher der Vindikationsklage die exceptio rei venditae et traditae aus dem Grunde entgegenstehen soll, *weil die nothwendige Subhastation als ein Kauf- und Verkaufskontrakt und der Subhastat als Verkäufer anzusehen sein soll, folglich der Subhastat und seine Erben das verkaufte Grundstück nicht vindiziren können.* Es ist im vorliegenden Falle Schulden halber im Wege der Exekution die noth-

---

tigen hat. Das Gesetz geht danach wie das ALR. von der Voraussetzung dieser Natur des Geschäfts aus. Konsequent sieht es deshalb in § 83 den Subhastaten selbst nicht als Käufer an, § 46 EigenthGes. Vgl. unt. Nr. 195 S. 64. Daß der betreibende oder ein anderer Gläubiger kaufen kann, steht nicht entgegen, da auch ersterer nicht *seine* Sache kauft. Noch weniger steht der Begr. des Kaufs der Annahme eines solchen in den Fällen § 180 des Ges. entgegen.

Eine andere kontroverse Frage ist, wer als *Verkäufer* anzusehen, Erk. a. u. e. Nach dem SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 16 Abs. 1 kann jetzt in der Zwangsvollstreckung nur *der betreibende* Gläubiger als Verkäufer angesehen werden. Für die Fälle des § 180 ist die Person kaum zweifelhaft. Die praktische Bedeutung der Frage zeigt sich in den Fällen der Erk. a. u. e., in letzterem Falle handelt es sich um die Gewährleistung, für welche § 216 I 20 *den Gläubiger* ausdrücklich als Verkäufer bezeichnet; in den Fällen des § 180 kann nur der oder die Eigenthümer als solche gelten. Von dem Satz des Erk. a. weicht StrA. 60 S. 167 ab, in welchem es heißt, daß der Verkauf an *Stelle des Subhastaten* durch den Richter kraft obrigkeitl. Autorität erfolgt, die Kaufgelder deshalb dem Subhastaten, aber mit der Bestimmung der Befriedigung der Gläubiger gehören. Daß die Kaufgelder nicht dem Gläubiger gehören, der Ersteher nicht Schuldner des Hypothekars, folgt daraus, daß er Anspruch auf dieselben erst mit der Ueberweisung bei der Kaufgelderbelegung erwirbt, daß die Zahlung an den Richter erfolgt, § 101, § 102 Abs. 2, §§ 117 ff. des Ges., und insofern sie an die Stelle des Grundstücks treten, das Eigenthum des Subhastaten war, sind sie Eigenth. des Subhastaten, aber suspensiv bedingt durch das Recht der Gläubiger, für welche und den Subhastaten gemeinschaftlich der Richter als Sequester das Kaufgeld in Händen hat. Vgl. RG. 5 S. 307, 310. In dem Falle StrA. 60 S. 167 bedurfte es des Satzes übrigens zur Entscheidung nicht. A. hatte an B. für 740 verkauft, B. 330 angezahlt, A. sich verpflichtet, das Grundstück von einer Hyp. zu liberiren und dem B. allen Schaden zu ersetzen, falls das Grundstück wegen der Hyp. subhastirt werden sollte. Als der Fall eintrat und das Grundstück für 1290 zugeschlagen wurde, wurden 811 zur Befriedigung des Gläubigers verwendet, der Ueberschuß von 478 an B. ausgezahlt. Als dieser nun auf Zahlung der 811 nach Abzug des noch schuldigen Kaufgeldes von 469 klagte, wies der 1. Richter ab, weil dem B. kein Schaden

wendige Subh. verhängt und ausgeführt. Abgesehen davon, daß hier die Subhastaten ihren Widerspruch gegen die Subh. wiederholt und ausdrücklich erklärt haben, also von ihnen nichts weniger als eine vertragsmäßige Erklärung dem Adjudikatarius gegenüber abgegeben worden ist, so ist doch überhaupt eine solche Subh. der letzte Grad der dinglichen Exekution, bei welcher die Gesetze dem berechtigten Gläubiger das Recht geben, den Verkauf wider den Willen des Schuldners zu verlangen, wobei dieser folglich nicht als Verkäufer auftreten kann, vielmehr sich den Verkauf seines Grundstücks gefallen zu lassen gezwungen wird und deshalb von dem Gesetze vorgeschrieben ist, daß der Richter das Grundstück unter gewissen, alle Interessenten sichernden Formen zum Verkaufe stellt, die Verhandlungen des Kaufgeschäfts leitet und statt des Eigenthümers, dessen Konkurrenz bei den Verhandlungen nicht einmal unerläßlich ist, den Zuschlag ertheilt. Bei einer solchen Subh. stellt der Subhastat so wenig den Verkäufer vor, daß er selbst sogar im Falle des § 42 I 20 ALR. zum Mitbieten, also als Käufer zugelassen werden kann, und § 12 I 52 AGO. nicht dem Subhastaten, sondern den aus den Kaufgeldern bezahlten Gläubigern die Verpflichtung zur Gewährleistung dem Adjudikatar gegenüber auflegt. (Vgl. Bornemann, system. Darst. 3 § 212; Zusammenstellung über das Subhastations-Verfahren Nr. 56, 57 JMBl. 1853 S. 116.) Etwas dem Entgegenstehendes läßt sich auch aus dem vom App.-Richter allegirten § 340 I 11 ALR. nicht herleiten. Es kann davon abgesehen werden, daß die Entscheidung in der vorliegenden Sache überhaupt nicht in dem röm. R., also auch nicht in dem Pandekten-Titel de exceptione rei venditae et traditae (21. 3.) und den daraus angeführten Stellen, sondern in den preuß. Gesetzen gefunden werden muß. Jedenfalls ist die Verletzung des § 340 I 11 ALR. und § 12 I 52 AGO. begründet, weil der App.-Richter zu Unrecht die D.'schen Eheleute als diejenigen angesehen, welche dem Adjudikatar als Verkäufer gegenüber gestanden, und da sie es nicht gewesen, weder ihnen, noch ihren Erben von dem S. oder dessen Nachfolger, dem Verklagten der Einwand entgegengesetzt werden kann, daß sie das streitige Grundstück dem Adjudi-

---

entstanden, da er mehr erhalten, als sein Kaufgeld. Dies war offenbar falsch, weil das Grundstück dem B. subhastirt, die Entziehung sein Schade, die Frage ob er Verkäufer oder der Gläubiger dafür nicht in Betracht kam, §§ 154—156 I 11. In StrA. 78 S. 17, wo es sich um die weiter unten zu erörternde Frage handelte, ob der Ersteher aus Devastationen, die der Subhastat vor der Versteigerung vorgenommen, Ansprüche gegen den Subhastaten habe, hatte der 2. Richter den Anspruch dadurch begründet, daß der Subhastat Verkäufer, dem Ersteher ex emto hafte. Das ObTr. hat dies reprobirt und ausgeführt, der Richter sei unzweifelhaft nicht Verkäufer, er leite und bringe das Kaufgeschäft in der Bietungsverhandlung zum Abschluß, die adjudic. prüfe das perfekte Geschäft und deklarire es als solches; dem Schuldner fehle der Vertragswille, Mitkontrahent des Erstehers sei der Gläubiger, der als procur. in rem suam aus eigenem Recht verkaufe. In den Fällen des § 180 des Ges., wo der Gläubiger fehlt, kann nur der Eigenthümer als Verkäufer gelten. In StrA. 79 S. 71 hatte A. das den B.'schen Erben gehörige Grundstück in nothw. Subh. theilungshalber erstanden und die Erben auf Herausgabe von Inventar in Anspr. genommen, welches sie nach dem Zuschlag fortgeschafft. Hier hat das ObTr. gegen den 2. Richter angenommen, daß die Erben dem Ersteher als Verkäufer ex emto auf Erfüllung durch Uebergabe haften, daß der Ersteher Eigenthümer geworden, der Vertragsklage nicht entgegenstehe. Vgl. Erk. e. u. unt. Nr. 196. Ganz unbedenklich ist dies bei der freiwilligen außergerichtl. öffentl. Versteigerung, StrA. 17 S. 299, wo A. durch einen Auktionator Mobilien hatte öffentl. verkaufen lassen und der Käufer B. ihn, weil das gekaufte Pferd bald nach dem Kauf krepirt, redhibitorisch in Anspruch nahm. Beide Instanzen wiesen wunderlicherweise ab, weil B. nicht von A. gekauft, während der Auktionator offenbar nur als Mandatar des A. anzusehen war.

Aus der Natur des Rechtsgeschäfts als Kauf folgt, daß die Essentialien des Kaufs, bestimmter Gegenstand und bestimmter Preis, Willenseinigung darüber, vorhanden sein muß. Bezüglich des Preises sind jetzt von einschneidender Bedeutung die §§ 22, 53—56 des Ges. v. 13. Juli 1883 über das geringste Gebot, das als Essentiale erscheint, wenn nicht alle betheiligten Interessenten einem anderen Gebote zustimmen, § 45 des Ges. Bei Subh. ideeller Antheile muß der Antheil feststehen, was daraus allein nicht folgt, daß Mehrere ohne Angabe der Antheile als Eigenthümer eingetragen, Nr. 195 S. 68, 69. Irrthum über das Objekt

katar verkauft und übergeben gehabt. Uebrigens ist eine Uebergabe von Seiten der D.'schen Eheleute so wenig geschehen, daß dieselben haben gerichtlich exmittirt werden müssen. Aus diesen Gründen ist die Argumentation des App.-Richters hinfällig und die Nicht.-Besch. gegen sein Urtel begründet zu erachten.

Gründe: b. Der Satz, daß bei der nothwendigen Subh. durch das Meistgebot und die Abschließung des Lizitations-Protokolles der Kaufvertrag zwischen dem Meistbietenden und den Subhastaten vertretenden Gläubigern perfekt werde, läßt sich in seiner theoretischen Allgemeinheit nur durch die Vorstellung begründen, daß schon durch das bloße Ausbieten der Sache zur Lizitation der Verkäufer eine auf die Schließung des Kaufvertrages abzielende Willenserklärung abgegeben habe (venditor obligari videtur ad vendendum ex ipsa ad hastam expositione), und nun das vom Bieter darauf gesetzte Gebot den Vertrag zum Abschlusse bringe, Merkel in Weiske's Rechtslexikon 10 S. 615 Nr. 80. Diese Vorstellung kann indeß als eine berechtigte nicht anerkannt werden. Es bildet vielmehr das Ausbieten der Sache zur Lizitation nur eine Einladung zur Mitbetheiligung bei der Subh., und es stellt, dem entsprechend, das Bieten nur eine Offerte dar, die der Annahme bedarf, ehe von einem zweiseitigen Vertrage die Rede sein kann. Diese Annahme ist der Zuschlag, die, sei es von dem kraft gesetzlicher Ermächtigung als Verkäufer auftretenden Extrahenten der Subh., sei es von dem den Zwangsverkauf dirigirenden Richter, ertheilte Erklärung, daß das Meistgebot angenommen und der Verkauf abgeschlossen sei. Eine solche Annahme ist in dem bloßen Abschlusse des Aktes der Lizitation im Zweifel nicht zu finden, am wenigstens dann, wenn die Gesetze den Zuschlag ausdrücklich in ein späteres Stadium des Verfahrens verlegen.

Hiernach erscheint die Ansicht verwerflich, daß durch den bloßen Ablauf des Lizitationstermines schon ein perfekter Kaufvertrag bezüglich des Objektes der Subh. zustande gekommen und der Implorant kraft eines hierdurch wohlerworbenen Rechtes den Zuschlag zu verlangen berechtigt gewesen sei.

---

hindert die Willensübereinstimmung. In StrA. 14 S. 103 war das Vol. II. fol. 193 eingetragene Grundstück ausgeboten und zugeschlagen, dabei davon ausgegangen, daß dazu das Haus Nr. 77, ein Garten und ein Acker gehöre, während sich nachher fand, daß das Haus nur zu einer Hälfte auf Vol. II. fol. 193, zur anderen auf einem anderen fol. eingetragen war, so daß nicht zugeschlagen, was ausgeboten und erstanden. Das ObTr. hat deshalb die adjud. vernichtet. Nach § 88 Abs. 2 des SubhGes. ist auch als Beschwerdegrund gegen das Zuschlagsurtheil anerkannt: die Nichtübereinstimmung desselben mit dem Versteigerungsprotokoll oder daß das Meistgebot sich auf ein anderes Grundstück bezieht, als zugeschlagen. Vgl. auch § 75 Nr. 1, 2, § 88 Abs. 3 u. weiter unten über die Wirkung der adjud. als Judikat in dieser Beziehung.

Die Herstellung und Feststellung der Willensübereinstimmung über die Essentialien erfolgt durch die Versteigerung und die adjudic. Daß die Versteigerung nur die Bedeutung einer Aufforderung zur Offerte hat, nicht einer Offerte, welche durch Annahme seitens des Bieters zu einem perfekten Geschäft wird, ist nach dem SubhGes. wie schon nach der SubhO. unbedenklich, Erk. b. Es erhellt dies aus §§ 51, 66, 70 Abs. 3, §§ 72, 73, 74, § 79 Abs. 2, §§ 81, 96 des Ges. Nur der Bieter wird zunächst durch sein Gebot gebunden (auch ohne Unterschrift, § 80 Abs. 3, § 38 SubhO. v. 15. März 1869). Früher war in ObTr. 33 S. 267 (StrA. 20 S. 352) nach § 131 I 5, §§ 15 ff. I 10; § 15 I 11, § 40 I 52 AGO. Unterschrift gefordert, wenn auch der Eigenthümer selbst aus dem Mangel der Unterschr., wenn der Bieter gebunden sein wollte, kein Recht herleiten konnte, ObTr. 38 S. 460. Aus seinem Gebot hat er kein Recht auf den Zuschlag; durch Uebergebot wird er frei, wenn es angenommen; da der Ueberbieter aus dem Uebergebot allein kein Recht erlangt, haben die Interessenten immer noch das R., auf das geringere Gebot zurückzugehen; dazu ist allerdings die Zustimmung aller Betheiligten erforderlich. Praktisch wichtig ist die weitere Frage, ob das angenommene Gebot das R. auf den Zuschlag giebt. An sich ist das Kaufgeschäft mit der Annahme des Gebots perfekt; da bis zum Schluß des Termins aber die Versteigerung noch eingestellt, zurückgenommen werden kann, giebt selbst dies kein definitives Recht. Ob nach dem Schluß bis zum Zuschlagsurtheil noch das Recht durch die Zustimmung aller Interessenten beseitigt werden kann, ist fraglich. Zustimmung zum Zuschlag an einen anderen

Ist aber ein wohlerworbenes Recht in diesem Sinne nach allgemeinen Grundsätzen nicht vorhanden, so kann ein solches auch aus dem Wortlaute des Artikels 15 Nr. 3 des Ges. v. 3. Febr. 1864, nach welchem, wenn vor dem Abschlusse des Lizitationstermines ein begründeter Widerspruch gegen die Entscheidung des Zuschlags nicht eingelegt, bei dem Verfahren auch eine wesentliche Förmlichkeit nicht versäumt ist, der Zuschlag ertheilt werden muß, nicht hergeleitet werden. Diese Bestimmung erkennt allerdings als eine Konsequenz der Beendigung des Lizitations-Aktes ein Recht des Meistbietenden auf Ertheilung des Zuschlags an. Dies Recht ist aber seiner Natur nach nur ein relatives, bedingtes, — Holzschuher, Theorie des gem. Civilrechtes Bd. 3 S. 688: es bezieht sich auf den Abschluß des Verfahrens und schützt den Meistbietenden gegen unbefugte Weiterungen und Widersprüche des Subhastaten und Dritter, sowie gegen Beanstandungen, die an das Verhältniß zwischen dem Meistgebote und dem Taxwerthe geknüpft werden können.

Keineswegs aber kann demselben die Tragweite beigemessen werden, daß daraus dem Extrahenten gegenüber ein Zwang auf Ertheilung des Zuschlages unter allen Umständen sich begründen ließe, was sowohl mit den Regeln des Kaufvertrages, als mit der Natur der Subh., als eines gerichtlichen Exekutionsmittels, in Widerspruch sein würde. Vermöge dieser Natur muß auch nach Ablauf der Lizitation das Verfahren eingestellt werden, wenn durch Befriedigung des Gläubigers der Grund zur Fortsetzung desselben erloschen ist.

Hiernach erscheint der erste Angriff der Nicht.-Beschw. unbegründet. Ebenso hinfällig ist der zweite, auf die Frage, inwieweit eine Zurücknahme des Subh.-Antrages erforderlich sei, bezügliche Angriff. Abgesehen von der Frage: ob die Eingabe v. 17. Juni 1867 als „Parteierklärung" oder als „Beweismittel" in Betracht kommt, so hat sowohl der Subh.-Richter, wie der erkennende Richter, den Inhalt jener Eingabe richtig verstanden, wenn er darin das Verlangen des Extrahenten der Subh. erkannt, daß dem Verfahren jedenfalls einstweilen kein Fortgang gegeben werde.

Bieter würde zum Zuschlag kaum führen können, da die Zustimmung des vom Gebot befreiten Bieters erforderlich und so das Geschäft nicht mehr als Kauf in nothw. Subh., sondern als freiwill. Kaufgeschäft erscheinen würde. Behandelt ist die Frage im Erk. b., in welchem es sich übrigens um einen nach dem Ges. v. 3. Febr. 1864 (GS. S. 40) zu beurtheilenden Fall handelte. Dasselbe ist jetzt jedenfalls insoweit nicht mehr haltbar, als es die Zurücknahme durch den Extrahenten allein zuläßt. Die Aufhebung durch alle Interessenten wird auch jetzt zuzulassen sein. Vgl. § 51 Ges. In StrA. 10 S. 161 wird folgd. Fall aus dem Jahre 1853 behandelt: A. hatte 15, B. 25 geboten. A. protestirte gegen das Gebot des B., weil dieser als Kurator der erbschaftl. Liquidationsmasse nicht befugt, zu bieten. Das Gericht vertagte darauf, weil B. nicht zu bieten befugt, A. nicht Meistbietender. Der 2. Richter nahm an, daß A. Meistbietender, weil B. nicht zu bieten befugt. Das ObTr. vernichtete und bestätigte die Vertagung, weil das Gebot des unbefugt überbietenden Bieters nicht Meistgebot, A. als Bieter kein Recht gehabt, der Zulassung des B. zu widersprechen, auch der Zuschlag gesetzlich verhindert, weil die erbsch. Liquidationsmasse im Augenblick des Gebots des Vertreters unvertreten. Vgl. jetzt §§ 61—64, 65, 66, 69, 72, 74, 75, 78, 79, 87 Abs. 2, § 51 Abs. 4 SubhGes.

Perfekt wird das Rechtsgeschäft nach Inhalt der §§ 52 ff. des Ges. durch den Abschluß des Versteigerungstermins, in demselben wird die Willensübereinstimmung der Interessenten über Objekt, Preis u. sonstige Bedingungen festgestellt, StrA. 78 S. 17; Präj. 535. Von Bedeutung ist dieser Zeitpunkt der Perfektion namentlich wegen der Bestimmung in §§ 81, 83 h. t. bezüglich der Pertinenzien (vgl. weiter unten). Aber rechtliche Wirkung erlangt der perfekte Vertrag erst durch den Hinzutritt des Zuschlagsurtheils, welches das Objekt, die Person des Käufers, und den Preis und die Bedingungen definitiv feststellt, § 83. Ohne Zuschlagsurtheil giebt der perfekte Vertrag nicht etwa Anspruch auf Erfüllung oder Interesse gegen den oder die Verkäufer oder gar gegen den Richter oder Subhastaten. Insofern die adjudic. nur im Interesse der Betheiligten prüft und feststellt, daß das Geschäft gehörig, d. h. unter Wahrung der Interessen der Betheiligten, soweit das Gesetz dem Richter diese zur Pflicht macht, zu Stande gekommen, ist sie lediglich deklaratorischer Natur, RG. 7 S. 270; StrA. 78 S. 17. Deshalb ist aber nicht ausgeschlossen, den Inhalt des Versteigerungsprotokolls zur Auslegung des Inhalts der adjud. heranzuziehen. So in RG. 7 S. 270, wo bei der Versteigerung die Feuerversicherungssumme für ein abgebranntes Gebäude ohne Widerspruch des anwesenden

Wenn auch die definitive Zurücknahme des Subh.-Antrages von der Bezahlung der Kosten abhängig gemacht wurde, so ging doch auch für den Fall, daß dies nicht sofort geschah, der Antrag unter allen Umständen dahin, „die Subhastation beruhen zu lassen", was für den Richter hinreichte, um auch die Ertheilung des Zuschlages zu beanstanden.

Gründe: c. Daß ein Verkauf in gerichtlicher nothwendiger Subh. auch hinsichtlich des zu gewährenden Zubehörs als ein Verkauf in Pausch und Bogen zu erachten und aus dem § 344 I 11 ALR. dies herzuleiten sei, ist bereits in StrA. Bd. 42 S. 1 ausgesprochen. Zwar ist daselbst die Beziehung auf Bornemann Bd. 3 S. 104 ff. seiner system. Darst. unrichtig, da er vielmehr an der betreffenden Stelle S. 58 die Anwendbarkeit des § 84 I 11 für bedenklich hält und eine bestimmte Meinung nicht ausspricht. Dagegen scheint Koch, Obligationenrecht Bd. 3 S. 680 den gerichtlichen nothwendigen Verkauf überhaupt, als Verkauf in Pausch und Bogen anzusehen, während Förster (Th. u. Praxis) Bd. 2 S. 136 A. 18 den § 344 auf den Fall der Gewährleistung zu beschränken scheint. Allein, da auf das Allegat des § 213 allein nichts ankommen kann, so muß die Rechtsansicht des erwähnten Urtels, welche sich auf §§ 317, 318 I 5 ALR. stützt, festgehalten werden. Ob die Adjudikatoria ausdrücklich die Bedingung ausspricht, daß der Verkauf in Pausch und Bogen erfolge, ist gleichgültig; es ist dies eine gesetzliche, sich von selbst verstehende Maßgabe (cfr. § 12 I 52 AGO.). Wenn nun bei Verkäufen in Pausch und Bogen nach § 84 ganz besonders alle auf dem Gute vorhandenen Früchte und Vorräthe, sie mögen gesammelt, zugewachsen oder erkauft sein (in manchen Ausgaben des ALR. ist der Druckfehler enthalten: verkauft), dem Käufer gehören, so ist es gleichgültig, ob die Früchte schon verkauft sind, wenn sie nur zur Zeit des Kontraktsschlusses vorhanden waren und, wie Bornemann Bd. 3 S. 13 richtig bemerkt, nicht etwa der Bieter hiervon Kenntniß gehabt, oder sie ausdrücklich ausgeschlossen sind. Die §§ 83 ff. I 11 ALR. sind singuläre Vor-

---

Subhastaten mitausgeboten, im Zuschlagsurtheil diese Summe nicht besonders erwähnt war. Hier ist die Klage des Erstehers gegen einen persönl. Gläubiger des Subhastaten, der die Summe nachher gepfändet hatte, durchgedrungen, weil er Eigenthümer geworden. Andererseits hat die adjud. aber auch die Natur eines der Rechtskraft fähigen Judikats. Für das Ges. v. 13. Juli 1883 geht dies aus § 88 Abs. 2, 3 hervor. Danach steht, wenn die adjud. rechtskräftig, Objekt, Käufer, Bedingungen unanfechtbar fest; selbst Widerspruch zwischen Urtheil und Versteigerungsprotokoll, zwischen dem Obj. des Gebots und Zuschlags, kann nicht mehr gerügt werden. Dies galt auch nach früherem Recht. In StrA. 10 S. 360 waren die dem A. gehörigen Häuser Nr. 215 u. 217 gleichzeitig subhastirt und dabei der Hofraum und einzelne Gebäude von Nr. 217 als Zubehör von 215 taxirt, ausgeboten und zugeschlagen. Die Vindikation des Erstehers von Nr. 217 gegen den Ersteher von Nr. 215 ist abgewiesen. In StrA. 57 S. 312 wurde gleichzeitig der Garten Nr. 23 des A. auf Antrag eines Judikatgläubigers B., der eingetragen, und das Hausgrundstück Nr. 57 des A. auf Antrag eines Hypothekengläubigers subhastirt, bei der Subh. von Nr. 57 der Garten Nr. 23 als Zubehör mittaxirt, ausgeboten, zugeschlagen, dem Ersteher C. übergeben. Als auf Antrag des C. die Subh. von Nr. 23 deshalb sistirt wurde, klagte A. gegen C., sich die Subh. von Nr. 23 gefallen zu lassen. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen abgewiesen, weil C. durch das Judikat und in dessen Ausführung Eigenthümer von Nr. 23 geworden, dem A. nur das Rechtsmittel gegen die adjud. zustehe, weil er als Realgläubiger bei der Subh. von Nr. 57 nicht zugezogen, so lange die adjud. bestehe, A. die Rechte als Gläubiger nicht anders als gegen die Kaufgelder geltend machen könne. In StrA. 69 S. 154 wurde das Gut Dunkershöfen Nr. 1 u. 2 zur Subh. gebracht. Der Besitzer hatte vor Jahren einen auf besonderem Folium eingetragenen Wald zum Ausroden gekauft, in Acker verwandelt und zu Nr. 1, 2 geschlagen. Das Ackerland war bei der Subh. von Nr. 1, 2 in Gegenwart der Subhastaten mittaxirt. Gleichwohl vindizirte der Subhastat den Acker später gegen den Ersteher, wurde aber abgewiesen, weil durch die adjud. das Objekt rechtskräftig festgestellt. Daß sich dies einem dritten Eigenthümer gegenüber anders gestalten kann, darüber vgl. Erk. c. und weiter unten. In OHG. 4 S. 283 war ein Grundstück mit den Feuerversicherungsgeldern für ein abgebranntes Gebäude ausgeboten und zugeschlagen; der Subhastat hatte nicht widersprochen.

schriften für den Verkauf in Pausch und Bogen. Aus der speziellen Vorschrift des § 85 kann nicht entnommen werden, daß auch bei anderen Früchten und Vorräthen die verkauften Stücke nicht zu prästiren seien. Die allgemeine Vorschrift des § 49 I 2 ALR., welche die Pertinenzeigenschaft der Vorräthe beschränkt, findet (lex specialis derogat generali) keine Anwendung. Hiernach aber irrt der App.=Richter, wenn derselbe darauf Gewicht legt, daß die sequestrirenden Gläubiger ein Recht zum Verkaufe gehabt und dieses geltend gemacht, und daß die Adjudikatoria besondere Bestimmungen über die Verpflichtung der Verkäufer zur Uebergabe nicht enthalte, daß die Bedingung des § 49 I 2 ALR. nicht dargelegt sei. Er beschränkt unrichtig den § 344 auf den Fall der Gewährleistung. Ebenso gründet er sich mit Unrecht auf § 83 I 11 und vermißt den Nachweis der Kriterien desselben, er übersieht, daß § 84 gerade außer den Früchten auch der Vorräthe erwähnt und die Bestimmung § 83 „solche zum Nutzen oder Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft erforderlich oder dazu bisher schon im Gebrauch gewesen", auf Früchte und Vorräthe sich gar nicht bezieht, vielmehr für diese, sowie für Holz, Vieh u. s. w. besondere Bestimmungen getroffen sind; § 89 spricht noch besonders Vorräthe bei einer Fabrik zu, abweichend von § 93 I 2 ALR. und da ein Pleonasmus ohnehin nicht zu präsumiren, so sind gemäß § 84 bei dem in Pausch und Bogen erfolgten Verkaufe eines Landgutes alle Vorräthe mitverkauft, welche sich zur Zeit des geschlossenen Kaufs auf dem Grundstücke befanden und nicht ausgeschlossen sind.

Hiernach aber hat der App.=Richter grundsätzlich verstoßen. In der Hauptsache ergiebt sich die Entscheidung nach Obigem von selbst. Rücksichtlich der erst am 23. Jan. 1863 verkauften 100 Scheffel Erbsen, also nach publizirter Adjudikatoria, ist dies von selbst klar. Sie gebühren der Adjudikatarin, und also die dafür gezahlten 125 Thlr. nebst Deposital=Zinsen. Die übrigen 100 Scheffel sind zwar am 11. u. 16. Dez. verkauft, abgesehen aber davon, daß nicht erhellt, es sei die Lieferung

---

Die Versicherungsgesellschaft weigerte die Zahlung an den Ersteher, ist aber verurtheilt. Das OHG. läßt dahin gestellt, ob der Anspruch auf die Feuerversicherungsgelder nur ein persönlicher Anspr. des Subhastaten, in welchem Falle sie dem Ersteher zweifellos nicht zustehen würden, oder Pertinenz des Grundstücks, — vgl. PlBeschl. bei I 20 ObTr. 27 S. 1; § 30 EigenthGes.; — deduzirt aber mit dem 2. Richter, daß sie auf den Ersteher durch die Kaufbedingungen, ohne Widerspruch und Anfechtung der adjudic., wie durch ein rechtskr. Erkenntniß mittels Zwangscession übergegangen; die Festsetzung der adjud. bleibe als rechtskr. Entscheidung bestehen, die der Subhastat und noch weniger ein Dritter anfechten könne.

Die *Wirkungen* des perfekten Rechtsgeschäfts auf die Rechte und Pflichten des Verkäufers und Käufers, vgl. Nr. 196—199, werden im Gegensatz zum außergerichtlichen Verkauf erheblich beeinflußt, theils durch den Hinzutritt der adjudic. und deren Wirkung als Judikat, theils durch die Natur des Rechtsgeschäfts als Kauf in P. u. B. nach dem unberührt gebliebenen § 344 h. t., theils durch die speziellen Vorschr. des SubhGes. v. 13. Juli 1883 über die Pflichten des Käufers. Nach § 342 h. t., der in § 97 des SubhGes. wiederholt, geht durch die publizirte adjud. wie durch Auflassung das Eigenth. des versteigerten Grundstücks auf den Ersteher über mit Gefahr und Nutzungen, nicht der Besitz. Der § 98 des Ges. ändert daran nichts, so wenig wie früher der § 57 der SubhO. v. 15. März 1869. Nach § 5 des EigenthGes. erwirbt der Ersteher durch die adjud. alle Rechte des Eigenthümers mit Ausnahme des Rechts der Aufl. und Belastung, für welches die nach § 124 des Ges. von Amtswegen nach Ausführung des Theilungsplans herbeizuführende *Eintragung* des Erstehers als Eigenthümer entscheidet. Daneben ist *bei der Subh. in der Zwangsvollstr.* ein Anspruch des Erstehers gegen den Verkäufer auf Eintr. oder Uebergabe nicht denkbar, wohl aber ein Anspruch ex emto in den Fällen des § 180 des Ges. Vgl. oben StrA. 79 S. 71. Als Eigenthümer kann der Ersteher weiter verkaufen und übergeben, wenn auch das Eigenthum erst durch Aufl. nach erfolgter Eintr. übertragen, und erst belasten gemäß § 6 des SubhGes., § 19 EigenthGes., wenn er seine Eintr. als Eigenthümer erlangt hat oder gleichzeitig erlangt. Danach modifizirt sich die Entsch. in ObTr. 73 S. 94. A. hatte durch adjud. v. $\frac{23.}{29.}$ Jan. 1872 erstanden, am 3. April 1872 an B. verkauft, der am 4. April 1872 die Kaufgelder belegte. Am 15. April ging bei den Grundakten der Kaufvertr., am

vor dem 19. Dez. 1862 erfolgt, da die Zahlung erst nach dem 19. Dez. 1862 geschehen, und der Implorant den angetretenen Beweis nicht erbracht hat, so kommt es nicht sowohl auf den Tag der publizirten Adjudikatoria als vielmehr des Lizitations-Termins an, mit welchem der Verkauf perfekt ist; dieser hat aber vor dem 22. Nov. 1862 stattgehabt (§ 83). Der Moment des Verkaufsabschlusses entscheidet, da durch das Gebot in der Lizitations-Verhandlung der Vertrag perfekt wird (ObTr. 33 S. 267; Schlesisches Archiv 5 S. 329; Präj. 535). Der § 342 betrifft nur den Uebergang des Eigenthums und der Gefahr u. s. w., der Zuschlag ersetzt die Uebergabe. Der Gegenstand des Kaufs wird aber durch die Lizitations-Verhandlung festgestellt; die Adjudikatoria ist nur deklarirender Natur und ist für die vorliegende Frage gleichgültig.

Gründe: d. Nach der SubhO. v. 15. März 1869 wird mit jeder nothwendigen Subh. von Grundstücken das Aufgebot der Eigenthumsprätendenten verbunden und demgemäß mit dem Zuschlage zugleich die Präklusion derjenigen, welchen Eigenthum an dem Grundstücke zusteht, die sich aber nicht gemeldet haben, durch Erkenntniß ausgesprochen. Auch der Vorbehalt der angemeldeten Rechte berührt die Wirksamkeit des Zuschlagsurtheiles nicht; diese Rechte können vielmehr, insoweit sie mit dem letzteren in Widerspruch treten, nur gegen die Kaufgelder geltend gemacht werden (§§ 13 Nr. 7, 36, 39 Nr. 7, 43 a. a. O.). Der Ersteher ist mithin durch das Zuschlags- und Präklusionsurtheil hinsichtlich des Eigenthumserwerbes des subhastirten Grundstückes gesichert; er kann dieses, resp. die zu demselben gehörigen Theile vindiziren, und ist seinerseits gegen die Vindikation Dritter geschützt (§ 342 I 11, § 54 I 15 ALR.). Dieser, die Rechte Dritter ausschließende Erwerb des Adjudikatars kann sich aber nur auf dasjenige Grundstück im Ganzen und in allen seinen Theilen erstrecken, welches in der That zur Subh. gestellt ist und auf welches sich die Präklusion bezieht. Inwieweit Letzteres der Fall, dafür ist entscheidend der Inhalt des

---

16. April die adjud. und Kaufgeldbelegung ein. Am 6. April 1872 war zu den Grundakten durch den Prozeßrichter um Eintr. einer Judikatforderung des C. gegen A. requirirt u. vom Grundbuchrichter am 19. April 1872 sowohl A. u. B. als Eigenthümer wie die Forderung des C. eingetragen. C. klagte darauf gegen B. auf Zahlung, B. widerklagend gegen C. auf Löschung. In 2. u. 3. Instanz wurde C. zur Löschung verurtheilt, weil B. Eigenthümer durch Verkauf und Uebergabe geworden, die Hyp. des C. nicht habe konvaleszıren können. Nach § 6 des SubhGes. u. §§ 5, 19 des EigenthGes. würde die Sache jetzt anders zu entscheiden sein, da B. vor der Eintr. nicht Eigenthümer geworden. Alle anderen Rechte des Eigenthümers übt der Ersteher aber aus. So kann er vermiethen und verpachten, von dem Kündigungsrecht des § 357 I 21 Gebrauch machen, ObTr. 81 S. 176, 178 unt. Nr. 193 S. 22, 23.

Die adjud. wirkt den Eigenthumsübergang des versteigerten Grundstücks. Was versteigert, bestimmt sich, wie bereits erwähnt, durch die adjud., die im zweifelhaften Falle aus dem Versteigerungsprotokolle zu interpretiren. Ist das Objekt nach der adjud. nicht zweifelhaft, so entscheidet die adjud., sobald sie rechtskräftig, allein. Ueber die Zweifel, die hinsichtlich des Objekts entstehen können, und ihre Lösung, vgl. Erk. d. u. ObTr. 76 S. 81 (StrA. 94 S. 188) unt. Nr. 193a. S. 38, 39. Auch für die Wirkung der adjud. ist es wie für die Ausl. unbedenklich, daß der Eigenthumserwerb das Grundstück nebst dem bewegl. Zubehör, § 105 I 2, umfaßt, OHG. 17 S. 348 unt. Nr. 195 S. 64; StrA. 40 S. 40, natürlich nur soweit, als es nicht nach dem Willen der Interessenten von der Versteigerung ausgeschlossen, und andererseits auch wieder soweit, als es nach dem Willen der Interessenten als Zubehör mitversteigert, selbst wenn es gesetzlich nicht Zubehör. Vgl. darüber oben bei den Wirkungen der adjud. als Judikat.

Was gesetzlich Zubehör, bestimmt sich gemäß § 344 h. t. nach den Grundsätzen vom Kauf in P. u. V. Dieser Satz des Erk. c., daß § 344 sich nothwendig nicht auf die Gewährleistung beschränke, sondern auch die Zubehörseigenschaft treffe, daß als Zubehör deshalb Alles zu erachten, was nach §§ 83 ff. h. t. als Zubehör gilt, ist als in der Praxis feststehend zu betrachten. Der entscheidende Zeitpunkt ist gemäß § 83 (81) h. t. und der Natur des Rechtsgeschäfts in der Subh. der Versteigerungstermin, §§ 194, 196 h. t.; Präj. 532, 534. In

Grundbuches, des der Subh. zu Grunde gelegten Auszuges aus der Grundsteuer-Mutterrolle und des erlassenen Subh.-Patentes (§§ 10, 13, 42, 43 a. a. O.). Was zunächst den Inhalt des Grundbuches in der fraglichen Beziehung anlangt, so ist nach dem Resultate der Beweisaufnahme für festgestellt zu erachten, daß bei der im Jahre 1868 erfolgten Abschreibung des Vorwerkes R. von dem Grundbuchblatte von Dl. auch die hier fragliche Enklave von P. mit abgeschrieben und auf das neue Folium mit übertragen worden ist, obgleich nach dem Wortlaute die Abschreibung nur das Vorwerk R., nicht auch ausdrücklich einen Theil von P. umfaßt hat. Das Streitstück ist wegen seiner, auf die Zugehörigkeit zu R. deutenden Lage bei der Abtrennung augenscheinlich als zu dem Vorwerke R. gehörig angesehen und deshalb nicht besonders bezeichnet, sondern als unter jener Benennung mitbegriffen erachtet worden, sei es, daß man davon ausgegangen, die Fläche habe von vornherein einen Theil von R. gebildet, oder rühre zwar ursprünglich von der Wüste P. her, bilde aber den zu R. gehörigen Antheil derselben; sei es, daß erst bei und zum Zwecke der Abschreibung die an das abzutretende Gut grenzende Fläche von P. diesem Gute als Pertinenz zugeschlagen worden ist.

Soweit also der Inhalt des Grundbuches rechtliche Bedeutung für die Tragweite des Präklusions- und Zuschlagsurtheiles hat, ist anzunehmen, daß sich dieses nicht auf die Streitfläche erstreckt.

Es fragt sich weiter, ob und inwieweit dies hinsichtlich des der Subh. zu Grunde gelegten Auszuges aus der Grundsteuer-Mutterrolle der Fall ist. In dieser Beziehung ist zunächst hervorzuheben, daß das Grundbuchblatt von Dl. zur Zeit der Subhastation noch nicht auf die Grund- und Gebäudesteuerbücher zurückgeführt war (§ 4 GBO. v. 5. Mai 1872), die rechtliche Bedeutung einer solchen Sachlage also nicht in Frage steht. Ebensowenig ist hier der rechtliche Einfluß zu erörtern, welchen jener Auszug auf einen etwa vom Ersteher deshalb, weil ihm weniger an Flächeninhalt gewährt, als zum Verkaufe ausgeboten worden, gegen den Verkäufer auf

---

dem im Erk. c. angezogenen StrA. 42 S. 1, wo der Subhastat gegen den Ersteher verschiedene Mobilien und Vorräthe, welche dieser als Zubehör in Besitz genommen hatte, vindizirte, weil dieselben nach §§ 48, 49, 52 I 2 nicht Zubehör, deduzirt das ObTr., daß die §§ 83, 84 h. t. entscheidend, weil, wenn auch in § 344 h. t., nur der Gewährl. erwähnt, doch auch bezüglich der Frage, was als Zubehör anzusehen, dasselbe gelten müsse, weil der Umfang der Gewährl. ja davon abhänge, was als verkauft anzusehen. In StrA. 73 S. 257 hatte A. ein Grundstück der verehel. B. erstanden, deren Ehemann nach dem Bietungstermin und vor dem Zuschlag die Früchte auf dem Grundstück abgeerntet und fortgeschafft. Bei der Kaufgelderbelegung blieb ein Ueberschuß für die verehel. B., den A. zurückhielt und nicht zahlte. Als die verehel. B. auf Zahlung klagte, kompensirte A. mit dem Werthe der abgeernteten Früchte. Der 2. Richter verwarf dies, weil dem Ehemann B. als gesetzlichem Nießbraucher die Früchte mit dem Entstehen gehört, § 231 II 1; §§ 45, 108 I 2; § 221 I 9, der Ersteher sie nicht habe miterstehen können, das Eigenthum aber nach § 342 h. t. auch erst mit der public. adjud. übergehe, daher an den damals nicht mehr vorhandenen Früchten nicht erworben sei, ev. mit dem etwa gegen den Ehemann erworbenen Entschädigungsanspruch auch nicht gegen die Forderung der Ehefrau kompensirt werden könne. Das ObTr. hat vernichtet und die Klage abgewiesen. Es deduzirt, daß das Nießbrauchsrecht des Ehemanns mit dem Eigenth. der Ehefrau nach § 108 Einl. ALR. §§ 205, 210 II 1; §§ 32, 36, 37 I 2 in demselben Umfange wie das Eigenth. erloschen sei, zumal die nicht abgesonderten Früchte dem Hypothekenrechte unterworfen, § 476 I 20 (§ 30 EigenthGes.), daß der Kauf in nothw. Subh. mit dem Abschluß in der Lizitationsverhandlung perfekt geworden, Präj. 535, Erk. c., daß der Adjudikatar durch den Zuschlag nach §§ 344, 192—196 h. t.; Präj. 532; StrA. 42 S. 1 Erk. c., das subhastirte Ackerstück in dem Zustande z. Z. des Bietungstermins mit dem Recht auf die damals vorhandenen Früchte auf dem Halm erworben, der § 342 h. t. sich auf den Eigenthumsübergang mit seinen Folgen, nicht auf das Objekt des Verkaufs beziehe, daß endlich auch die Versagung der compens. unrichtig, weil der Ersteher seinen Anspruch nicht aus der Handlung des Mannes, sondern daraus herleite, daß die Ehefrau sich dem Anspruch auf den Kaufgelderrest gegenüber den Einwand der mangelhaften Erfüllung, der nicht vollständigen Uebergabe, §§ 270, 271 I 5, §§ 78, 192, 194—221 h. t., entgegensetzen lassen müsse. Auch in dem

Gewährleistung zu erhebenden Anspruch hat. Hier handelt es sich um die von dieser letzteren Beziehung unabhängige rechtliche Bedeutung der Zugrundelegung der Grundsteuer-Mutterrolle bei Subh., Dritten gegenüber, welche Eigenthumsrechte an die in der Rolle verzeichneten Realitäten geltend machen. Der Auszug aus der Grundsteuer-Mutterrolle ist an die Stelle der nach der früheren SubhO. vorgeschriebenen Taxe des Grundstückes getreten. Er dient im Allg. denselben Zwecken, zu welchen jene aufgenommen werden mußte, nämlich zur Information der Kauflustigen über Größe und Qualität des Grundstückes und zur Grundlage für Bestimmung der Bietungskaution (§§ 13 Nr. 3, 4, 21, 22 SubhO. v. 15. März 1869). Es läßt sich aber nicht behaupten, daß, wovon der App.-Richter ausgeht, der Auszug aus der Grundsteuer-Mutterrolle für den Gegenstand des Zuschlages und der Präklusion unbedingt maßgebend ist. Im vorliegenden Falle trifft dies nach Lage der Sache keineswegs zu.

Durch die Aussage des Katasterkontrolleurs ist zwar für erwiesen zu erachten, daß die Streitfläche in denjenigen 738 H. 13 A. 50 Q.-M. mitenthalten ist, über welche der, der Subh. zu Grunde gelegte Auszug lautet. Allein, daß dies der Fall, ist aus demselben zunächst gar nicht ersichtlich; denn es sind darin die Grundstücks-theile weder nach Nummern des Kartenblattes und der Flächenabschnitte, noch nach ihrer Lage, Separationsnummer u. s. w. bezeichnet, sondern nur die Kulturart, Bodenklasse, der Flächeninhalt und Reinertrag angegeben. Die Behauptung des Klägers geht deshalb von vornherein nur dahin, daß die streitigen Flächen sich unter den in dem Auszuge, welcher der Subh. zu Grunde gelegt ist, aufgeführten befinden müssen, weil danach das zugeschlagene Gut Dl. 738 H. 13 A. 50 Q.-M. enthalte und dieses Areal sich nur unter Hinzurechnung der Streitfläche als vorhanden ergebe. Auch der hierüber als Sachverständige vernommene Katasterkontrolleur ist erst nach Einsicht des Flurbuches und der in jenem Auszuge fehlenden Rubriken der Grundsteuer-Mutterrolle zu dem Resultate gelangt, daß die Streitfläche

---

oben erwähnten StrA. 79 S. 71 findet sich übereinstimmend der Satz, daß das zur Zeit der Lizitation vorhandene Inventar auf den Ersteher übergehe.

Eine andere, nicht unbedenkliche und unbestrittene Frage ist die im Erk. e. behandelte, ob der Eigenthumserwerb des Erstehers sich in Folge des mit der Subh. verbundenen Aufgebots und Präklusion auch auf bewegl. Gegenstände bezieht, welche auf dem Grundstück befindlich, mit demselben verbunden oder ihrer Natur und Beschaffenheit nach an sich Zubehör, aber als fremdes Eigenthum nicht Zubehör. An sich würde aus § 108 I 2 folgen, daß solche Sachen als fremdes Eigenth. nicht Zubehör, also auch nicht durch die adjudic. auf den Ersteher übergehe, und es hat allerdings den Anschein eines circulus vitiosus, wenn gesagt wird, daß sie zwar nicht Pertinenz, aber nach Fortfall des Eigenth. durch die Präklusion Pertinenz werden, weil dabei zunächst wieder vorausgesetzt wird, daß Aufgebot und Präklusion sich auch auf bewegl. Sachen erstreckt, die als fremdes Eigenthum nicht Zubehör u. deshalb nicht Gegenstand der Subhastation. Die Praxis hat aber nicht ohne guten Grund an dem Satz des Erk. e. im Interesse der Sicherheit des Erstehers festgehalten. In StrA. 80 S. 132 war ein Dampfkessel in einer Fabrik dem A. in öffentl. Auktion zugeschlagen, die Fabrik demnächst im Konkurse auf Antrag des Verwalters subhastirt, dem B zugeschlagen und von diesem mit dem Dampfkessel in Besitz genommen. Auch hier ist die Vindikation des A. gegen den B. abgewiesen. Hinzukam in diesem Falle allerdings, daß der Kessel als Pertinenz nach §§ 443, 446 I 20 (§ 30 EigenthGes.) bis zur rechtl. und räumlichen Trennung den Hypothekengläubigern verhaftet war, A. durch den Kauf, auch wenn er ihm Eigenth. verschaffte, kein vom Zugriff der Hypothekengläubiger freies Eigenthum erworben hatte. Auch das RG. (Hülfs-Senat) 2 S. 255 hat sich dem Grundsatz angeschlossen. In dem Falle hatte A. der Aktiengesellschaft Flora für deren Etablissement verschiedene Dekorationsgegenstände geliefert, die mit dem Gebäude in dauernde Verbindung gebracht. Bei der Subh. wurde der Einspruch des A. gegen den Mitverkauf nicht beachtet, ihm seine Ansprüche nur vorbehalten. Demnächst klagte A. gegen den Ersteher B. auf Herausgabe, weil er die Gegenstände der Flora nur vermiethet. Der 2. Richter verurtheilte, weil die Sachen, wenn nicht Eigenth. des Subhastaten, weil nur vermiethet, nicht Pertinenz und auf den Ersteher nicht übergegangen. Das RG. vernichtete und wies ab: es sei verwechselt, was zur Subhastation gebracht werden dürfe und was wirklich zur Subh. gebracht sei. Für das Recht des Erstehers entscheide nur, was

in jenem Areale enthalten ist. Der vollständige, mit der Klage überreichte Auszug führt das Streitstück als „außerdem aus der Gemarkung P. 115" auf, während der der Subh. zu Grunde gelegte unvollständige Auszug die Gemarkung P. gar nicht erwähnt.

Endlich sind auch in dem Subh.=Patente und dem Zuschlagsurtheile ausdrücklich nur die Güter Dl. und K., nicht aber auch P. benannt.

Hiernach steht auch der Inhalt des der Subh. zu Grunde gelegten Auszuges aus der Grundsteuer=Mutterrolle, des Patentes und des Zuschlagsurtheiles der Annahme entgegen, macht es mindestens zweifelhaft, daß sich Präklusion und Zuschlag auf das Streitstück beziehen. Dieser Zweifel wird zu Gunsten des Verklagten durch folgende Erwägung gehoben: Wie schon oben angedeutet, hat nur die Verbindung des Aufgebotes und der Präklusion dritter Eigenthumsprätendenten mit dem Zuschlage die den Ersteher in seinem Eigenthumserwerbe nach allen Seiten hin sichernde und den Umfang seines Erwerbes bestimmende, rechtliche Wirkung. *Keineswegs kann, soweit es sich um Grundstücke und Grundstückstheile handelt, welche sich im Eigenthume nicht des Subhastaten, sondern Dritter befinden, der Zuschlag weiter gehen, als die Präklusion; letztere ist insoweit die nothwendige Bedingung und Voraussetzung jenes.* Nach dem ausnahmslosen Grundsatze, daß Niemand ungehört verurtheilt werden darf, *kann nur derjenige von der Präklusion als betroffen angesehen werden, welcher unzweifelhaft zur Anmeldung seiner Eigenthumsansprüche aufgefordert worden ist.* Letzteres ist nach der obigen Sachlage inbetreff des Verklagten hier nicht der Fall. Weder das Hypothekenbuch, noch der der Subh. zu Grunde gelegte Auszug aus der Grundsteuer=Mutterrolle, noch das Subh.=Patent ergeben klar, daß auch die im Besitze des Verklagten befindliche Streitfläche zum Verkaufe ausgeboten und derjenige, welcher Eigenthumsrechte an derselben geltend machen will, aufgefordert worden ist, diese,

---

Gegenstand der Subh. und adjud. nach der erkennbaren Absicht des Richters (? soll heißen der Interessenten); das sei konkret zu beurtheilen; habe der Richter geirrt, indem er Nichtzubehör als Zubehör mitverkauft und zugeschlagen, so erstrecke sich doch die Wirkung der adjud. darauf mit, §§ 36, 37, 43 SubhO. v. 15. März 1869. Aus dem SubhGes. v. 13. Juli 1883 folgt keine Mißbilligung dieser Praxis, mit der auch die oben bei der Wirkung der adjud. als Judikat erwähnten Erk. stimmen. Auch in dem obigen Erk. StrA. 79 S. 71 ist der Einwand der Erben, das Inventar habe zu dem subhast. Gut nicht gehört, obwohl es sich auf demselben befunden, verworfen, weil in diesem Falle die Ausschließung von der Subh. zu bedingen war.

Auf den Satz, daß für das R. des Erstehers und den Umfang der Wirkung der adjud. entscheidet, was zur Subh. gebracht und zugeschlagen *ist*, nicht was zur Subh. gebracht und zugeschlagen werden *durfte*, beruht auch Erk. d. und das Erk. ObTr. 76 S. 81 (StrA. 94 S. 188) unt. Nr. 193a. Derselbe ist praktisch bedeutsam auch noch nach anderer Richtung. Daraus, daß ein Objekt *den Hypothekengläubigern* haftet, § 30 EigenthGes., folgt allein nicht, daß der Ersteher es für sich in Anspruch nehmen kann, wie namentlich bei den Pacht= und Miethszinsen ohne Weiteres klar, und ebenso unzweifelhaft, wenn Zubehör vom Zuschlag ausdrücklich ausgeschlossen, in welchem Falle die Hypothekengläubiger ihr Recht daran verfolgen, StrA. 97 S. 171; 94 S. 188, 198, 199. Von Bedeutung ist dies namentlich hinsichtlich der *Ablösungskapitalien* und *Rentenbriefe* und der *Feuerversicherungsgelder*. In Bezug auf erstere vgl. Nr. 38 Bd. I S. 137; Präj. 2596; ObTr. 30 S. 266; Erk. b. Nr. 39 Bd. I S. 141; Präj. 1315 das.; ObTr. 38 S. 463; 61 S. 428; StrA. 47 S. 312 unt. Nr. 39 Bd. I S. 143, 144, 145. In ObTr. 38 S. 463 war vor der Versteigerung und dem Zuschlag ein Erbpachtzinsrecht abgelöst, das Kapital in Rentenbriefen hinterlegt, weil die Landschaft für ihre auf dem Gut haftenden Pfandbriefe Schmälerung der Sicherheit fürchtete. Bei der Versteigerung wurde das Sachverhältniß dargelegt und stipulirt, daß die Landschaft bis zur Tilgung der von dem Ersteher übernommenen Pfandbriefschulden die Rentenbriefe in Verwahrung behalten solle. Demnächst nahm der Ersteher die Rentenbriefe als Pert. für sich in Anspruch, drang aber gegen die ausgefallenen Hypothekengläubiger nicht durch. Ueber die Amortisationsfonds vgl. unt. Nr. 38 Bd. I S. 138. Bezüglich der *Feuerversicherungsgelder* vgl. unt. Nr. 42 Bd. I S. 153 und zu I 20; § 30 EigenthGes. u. oben RG. 7 S. 270; OHG. 4 S. 283. Die Praxis hält daran fest,

bei Vermeidung der Präklusion, anzumelden. Selbst wenn der Verklagte von der, Jedem freistehenden Einsicht jenes Auszuges im Laufe des Subh.-Verfahrens Gebrauch gemacht hätte, würde er bei dem unvollständigen, mindestens nicht in das Spezielle eingehenden Inhalte desselben nicht haben ersehen können, daß die in seinem Besitze befindlichen, hier streitigen Flächenabschnitte Nr. 140—142 der Gemarkung P. mit zur Subh. gezogen werden sollten. Danach ist der Verklagte hinsichtlich des hier streitigen Grundbesitzes von der Präklusion nicht betroffen, dieser auch dem Kläger nicht zugeschlagen.

Gründe: e. Der § 13 der SubhO. v. 15. März 1869 bestimmt: Das Subh.-Patent muß enthalten ꝛc.: 7. Die Aufforderung an alle diejenigen, welche Eigenthum oder anderweitige, zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfende, aber nicht eingetragene Realrechte geltend zu machen haben, dieselben zur Vermeidung der Präklusion spätestens im Versteigerungstermine anzumelden.

Der § 43 verordnet ferner die in der Urtheilsformel des Adjudikationsbescheides auszusprechende Präklusion derjenigen, welche diese Anmeldung unterlassen haben.

Kläger vindizirt gegen den Adjudikatar eine größere Anzahl von Viehstücken und Ackergeräthen, also Gegenstände, welche zufolge der gesetzlichen Bestimmung des § 48 I 2 ALR. als Pertinenzstücke eines Landgutes gelten, und welche sich zur Zeit der Subh. auf dem subhastirten Gute befunden haben, und mit demselben in den Besitz des Adjudikatars, des Verklagten, übergegangen sind. Letzterer, die auf das Eigenthum des Klägers sich beziehenden Behauptungen an sich bestreitend, erachtet eventuell dessen Ansprüche durch Präklusion für erloschen, weil, und solches steht fest, der Kläger diese Ansprüche im Subhastationsverfahren nicht angemeldet hat. Der App.-Richter hat jedoch den Verklagten mit dieser Einrede enthört, weil die vorallegirten Bestimmungen der SubhO. nur auf Eigenthumsansprüche an

---

daß dieselben durch § 30 EigenthGes. nicht Zubehör geworden; daß sie es nach den Statuten sein können, ist nicht bedenklich, OHG. 4 S. 283; ObTr. 25 S. 409. Ist der Anspruch von der Wiederherstellung abhängig, so hat ihn der wiederherstellende Eigenthümer, Subhastat oder Ersteher, oder beide als gemeinschaftliches Aktivum, soweit sie zur Wiederherstellung mitgewirkt. So StrA. 99 S. 207; 9 S. 310. In beiden Fällen war der Brandschaden vor der Subh. eingetreten, vom Eigenthümer der Wiederaufbau begonnen, die Entschädigungsgelder cedirt, dann subhastirt und zwischen dem Ersteher und den Cessionarien Streit über die Berechtigung zur Erhebung entstanden. In beiden Fällen ist der Anspr. des Erstehers auf die Gelder als Zubehör abgelehnt und abhängig gemacht von dem Umfang seiner Betheiligung bei dem Wiederaufbau.

Ebenso wenig kann daraus allein, daß nach § 9 der SubhO. die Einleitung der Subh. eine Beschlagnahme des Grundstücks enthielt, — was nach § 16 des SubhGes. v. 13. Juli 1883 eine wesentliche Aenderung dahin erfahren, daß in dem Einleitungsbeschluß die Beschlagnahme zu Gunsten des extrahirenden Gläubigers auszusprechen, — ein R. des Erstehers auf Gegenstände hergeleitet werden, welche nach dieser Beschlagnahme, aber vor der Versteigerung entfernt. In StrA. 78 S. 17 hat das ObTr. das Gegentheil angenommen. Der Subhastat A. hatte vor dem Bietungstermin Wald abgeholzt, Inventar fortgeschafft, Gebäude abgebrochen. Bei der Kaufgelderbelegung wurde deshalb auf Antrag des Erstehers ein Theil des Kaufgelderüberschusses hinterlegt, auf den der Ersteher als Entschädigung für Devastation Anspruch machte. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage des A. auf Auszahlung abgewiesen. Das ObTr. deduzirt, daß der Gewährleistungsanspruch allerdings nur gegen den Verkäufer, d. h. die Gläubiger gehe, daß aber in Folge der Wirkung des Subhastationsvermerks der Ersteher das Recht habe, den Subhastaten wegen Beschädigung in Anspruch zu nehmen, für die derselbe den Gläubigern hafte, daß die adjud. den Eintritt des Erstehers in die Rechte der Gläubiger vermittele, der Satz, daß der Ersteher die Sache im Zustand zur Zeit der Lizitation erwarb, nur für die Gewährleistung richtig, nicht für die Rechte auf Entschädigung aus unerlaubter Handlung. Aehnlich StrA. 79 S. 187, wo der Ersteher gegen den Käufer von Pertinenzen, die nach der Einleitung der Subh., aber vor dem Verkauf, entfernt, mit der Klage auf Rückgabe oder Ersatz durchdrang, weil das Rückforderungsrecht der Gläubiger auf den Ersteher übergehe.

das Grundstück, oder dingliche Rechte auf das Grundstück, nicht aber auf die in dem letztern befindlichen beweglichen Gegenstände bezogen werden könnten. Gegen diese Auffassung richtet sich die Nichtigkeits-Beschwerde, welche als begründet anerkannt werden muß.

Was nach seiner Natur oder Beschaffenheit im Verhältnisse zur Hauptsache, dem Gesetze zufolge, Pertinenz ist, nimmt an allen Rechten derselben Theil, § 105 I 2 ALR., geht mit der Hauptsache auf deren Erwerber über, § 107 das., und unterliegt auch regelmäßig den dinglichen Verpflichtungen derselben; insbesondere erstreckt sich das Recht der Hypothekengläubiger auf das verpfändete Grundstück und alle bei demselben befindlichen Pertinenzstücke, § 443 I 20 ALR., auf die beweglichen selbst dann, wenn sie erst nach der Eintragung hinzugekommen sind, § 446 a. a. O. Daß das Gutsinventarium überhaupt, oder speziell die streitigen Gegenstände, bei der Subh. ausgeschlossen worden, konstirt nicht. Für den Mitverkauf ergiebt sich aber, in Verbindung mit dem Umstande, daß die streitigen Gegenstände der schon vor der Subh. eingeleiteten Sequestration unterworfen wurden, aus den allegirten Gesetzesstellen und aus dem § 344 I 11 ALR. eine gesetzliche Vermuthung. Der Verklagte besitzt mithin auch das Gutsinventar auf Grund des Adjudikationsbescheides.

Was seiner Beschaffenheit zufolge Pertinenz sein würde, soll zwar diese Eigenschaft nicht haben, wenn es einem Anderen, als dem Eigenthümer der Haupsache, gehört, § 108 I 2 ALR. Das Sondereigenthum eines Dritten wird jedoch nicht vermuthet, und der Erwerber eines Grundstückes sowohl, wie der Hypothekengläubiger, ist von vornherein das Vorhandensein des Pertinenzialverbandes zu präsumiren berechtigt.

Es ist einleuchtend, daß der Kaufwerth eines Grundstückes und dem entsprechend die Sicherheit, welche es den Realgläubigern bietet, durch die Pertinenzstücke desselben, daß insbesondere der Werth eines zur Landwirthschaft bestimmten Güterkomplexes durch die Vollständigkeit und die Beschaffenheit des dazu gehörenden lebenden und todten Inventars in nicht geringem Grade bedingt wird. Die Zustände eines Gutes in dieser Beziehung werden bei einer Verkaufsprozedur, welche,

---

Aehnlich auch ObTr. 50 S. 198, wo A. das Haus des B. erstanden und gegen B., der nach der Einl. der Subh., aber vor dem Verkauf, eine Giebelwand fortgenommen, einen Anbau vorgenommen und eine Thür zugebaut hatte, auf Wiederherstellung klagte. Das ObTr. verurtheilte gegen den 2. Richter, weil nach § 3 der SubhV. v. 4. März 1834 Dispositionen über das Gebiet der Verwaltungs- und Wirthschaftsmaßregeln hinaus (vgl. jetzt § 16 Abs. 2 Ges. v. 13. Juli 1883) unzulässig, der Subhastat dem Ersteher als Rechtsnachfolger der Gläubiger als Verkäufer für solche Dispositionen verantwortlich. Das Bedenkliche der ganzen Deduktion liegt auf der Hand. Wie der Rechtsgrund des Kaufs eine Succession in nicht mit der Sache zusammenhängende Rechte begründen soll, ist nicht dargelegt. In StrA. 82 S. 151, wo ein persönl. Gläubiger nach der Einl. der Subh., aber vor der Lizitation — Früchte hatte pfänden und fortschaffen und nach dem Zuschlag hatte verkaufen lassen, ist die Klage des Erstehers auf Auszahlung des hinterlegten Erlöses an ihn auch in allen Instanzen abgewiesen, vom ObTr. mit der Deduktion, daß ein Rechtssatz, daß der Ersteher erwerbe, was bei Einl. der Subh. dem Hypothekenrecht unterliege und Gegenstand der Subh., nicht bestehe, daß solcher Satz den Anspr. aus dem Zuschlag und das Recht der Hypothekengläubiger vermenge, daß der Ersteher nur erwerbe, was zur Lizitation gebracht, nicht, was dem Extrahenten sonst noch hafte. Ebenso RG. 3 S. 309 (Hülfs-Senat), wo der Ersteher von dem Käufer, der vor der Versteigerung vom Subhastaten die Marmorbekleidung der Wände des subh. Hauses gekauft, die Herausgabe forderte. Das RG. führt aus, daß nach §§ 340, 344 h. t. der gerichtl. Verkauf auch bezüglich der Pertin. Kauf in P. u. B., nach §§ 78, 194 h. t. entscheidet, was z. Z. des Verkaufs, d. h. der Versteigerung, Zubehör, daß nach §§ 42, 44, 106 I 2 die Zubehöreigenschaft durch Trennung verloren gehe, aus § 9 der SubhO. v. 15. März 1869 nur relative Nichtigkeit und ein Anfechtungsrecht nur für die Gläubiger (jetzt den betreibenden Gläubiger, § 16 SubhGes. v. 13. Juli 1883) folge. Das Erk. StrA. 79 S. 189 oben ist ausdrücklich reprobirt.

Anders lag ObTr. 48 S. 139; Präj. 2727. Der Subhastat hatte kurz vor dem Versteigerungstermin Viehinventar verkauft, dasselbe war aber auf Requisition der Landschaft dem Käufer vor dem Zuschlag wieder abgenommen, zurückgeschafft und vom Ersteher nach dem Zuschlag in Besitz genommen. Die Klage des Käufers gegen den Ersteher ist abgewiesen, weil

wie die nothwendige Subhastation, wesentlich die Befriedigung der Hypothekengläubiger bezweckt, stets von bedeutender Einwirkung auf die Höhe der abgegebenen Gebote sein und der zu erzielende Preis wird immer eine Einbuße erleiden, wenn den Lizitanten über die Frage, ob die auf dem Grundstücke vorhandenen Gegenstände Zubehörungen sind, nicht im Bietungstermine volle Gewißheit gegeben werden kann.

Der § 13 Nr. 7 der SubhO. ist, wie die Motive zum Regierungsentwurfe zeigen, von dem Gesichtspunkte getragen, daß durch eine Erweiterung der damals schon bestehenden entsprechenden Bestimmungen dem Ersteher wider die Ansprüche dritter Personen eine möglichst weit greifende Sicherheit gewährt werden solle, und dieser Zweck würde nicht erreicht werden, wenn bezüglich der Eigenthumsansprüche, welche seitens der dritten Prätendenten bei Strafe der Präklusion spätestens im Lizitationstermine angemeldet werden sollen, nur das Grundstück selbst, die Hauptsache in Betracht zu ziehen wäre, der Adjudikatar aber zu gewärtigen hätte, daß ihm möglicher Weise ein ganzes Gutsinventar hinterher von dritten Personen wieder evinzirt werden könnte. Der App.-Richter hat mithin die §§ 3 Nr. 7, 43 der SubhO., sowie die §§ 42, 44, 60, 105, 108 I 2 ALR. verletzt und seine Entscheidung ist nichtig.

Gründe: f. Nach ALR. I 11 §§ 340 ff. finden die allgemeinen Grundsätze von Kaufgeschäften überhaupt auch bei gerichtlichen Verkäufen Anwendung, soweit nicht Abweichungen besonders bestimmt sind. Die auf dem Gute haftenden Privatschulden und Verbindlichkeiten muß nach § 184 a. a. O. der Verkäufer allemal vertreten, wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat. Dieser Grundsatz kann bei nothwendigen Subhastationen schuldenhalber nicht zur Anwendung kommen, weil bei solchen jede Hypothek, soweit nicht der Ersteher eine zur Hebung kommende Forderung mit Einwilligung des Gläubigers übernimmt, zur Löschung gelangt, gleichviel, ob der Gläubiger aus den Kaufgeldern seine Befriedigung erlangt oder nicht — SubhO. v. 15. März 1869 §§ 60, 66 Alin. 2, §§ 75, 78, 79. Bei den

---

die Einleitung der Subh. den Verkauf gehindert, der Käufer, der Kenntniß davon gehabt, unredlicher Besitzer. Vgl. jetzt §§ 16, 17, 18 SubhGes. v. 13. Juli 1883.

Wie beim Kaufe überhaupt, gehen auch auf den Ersteher obligatorische Rechte des Subhastaten nicht über, z. B. ObTr. 83 S. 28 unt. Nr. 196 S. 74 (kein Anspr. des Erstehers aus einem durch Uebergabe noch nicht erfüllten Miethsvertr. gegen den Miether), — wohl aber nach §§ 106, 342 h. t., § 97 des Ges. v. 13. Juli 1883 die Nutzungen und die Gefahr, aber nicht, wie beim Kauf in P. u. B. gemäß §§ 117, 120 h. t. vom Kaufabschluß, sondern von der publizirten adjudic. ab, Präj. 536, 537. Ueber die Bedeutung des Gefahrsüberganges vgl. Erk. b. Nr. 196. Ueber den Eintritt des Erstehers in Pacht- und Miethsverträge und sein Recht auf Miethe vgl. zu I 21 §§ 350, 358 (StrA. 3 S. 193; 41 S. 253; 53 S. 132; 82 S. 151; ObTr. 40 S. 149).

Die Pflicht zur Gewährleistung ist in § 216 I 20 bei nothw. Verkauf in der Zwangsvollstr. dem Gläubiger auferlegt; nach § 344 h. t. finden dabei die Vorschr. über den Kauf in P. u. B. Anwendung, Nr. 202. Außerhalb der Zwangsvollstreckung trifft sie den Eigenthümer. Für die Eviktion giebt es (zwar nicht nach dem sich nur auf Mobilien beziehenden § 42 I 15, aber) nach § 13 Nr. 7, §§ 37, 43 der SubhO. v. 15. März 1869 u. § 40 Nr. 9, § 70 des Ges. v. 13. Juli 1883 kaum Raum, da die Ansprüche auch des besitzenden dritten Eigenthümers durch Aufgebot und Präklusion beseitigt werden. (Anders nach älterem R. ObTr. 44 S. 77; StrA. 32 S. 72 unt. Nr. 192 Erk. a. u. S. 7, 8.) Schon nach der SubhO. war es zweifellos, und dasselbe gilt nach dem klaren Wortlaut des § 40 Nr. 9 des Ges. v. 13. Juli 1883, daß selbst der Vorbehalt das Recht für den sich meldenden Eigenthümer demselben keine vindic. gegen den Ersteher oder einen Einwand gegen die vindic. des Erstehers gab, ObTr. 70 S. 57; StrA. 97 S. 147 u. die Erk. d. u. e. Der präkludirte Eigenthümer, der sein Eigenth. verloren, hat nur einen Anspr. auf die Kaufgelder bezw. gegen diejenigen, die daraus befriedigt, abgesehen von dem Anspruch auf Entschädigung und selbst Rückübertragung des Eigenthümers gegen den Ersteher, der dolos oder grobfahrlässig gehandelt. Vgl. RG. 1 S. 165. In RG. 6 S. 312 hatte der Eigenthümer von Mobilien, die mit zur Subh. gezogen, seinen Anspr. zwar angemeldet, die Einstellung bezw. Ausschließung der Sachen aber nicht erreicht, den Er-

von einem Miteigenthümer zum Zwecke der Auseinandersetzung beantragten Subhastationen tritt aber diese Wirkung der nothwendigen Subh. gegen Hypothekengläubiger und andere Berechtigte nur insofern ein, als auf dem Antheil des Miteigenthümers, gegen welchen zum Zweck der Auseinandersetzung auf Subh. angetragen ist, und nicht auch auf dem Antheil des Miteigenthümers, welcher den Antrag gestellt hat, das betreffende Recht haftet; ein Berechtigter, dessen Recht unberührt bleibt, wird bei dem Verfahren nicht zugezogen, §§ 112, 113 a. a. O. Hiernach blieben im vorliegenden Fall alle auf dem Antheil der verehelichten D. haftende Hypotheken von der Subh. unberührt, da diese den Antrag gestellt hatte. Daß der Verklagte als Käufer die eine oder die andere dieser Hypotheken ausdrücklich übernommen hätte, ist von keiner Seite behauptet; er kann also nach ALR. I 11 § 184 Vertretung dieser das erworbene Grundstück belastenden Privatschulden von demjenigen fordern, welcher als Verkäufer ihm gegenübersteht. Als Verkäufer aber sind sämmtliche bisherige Miteigenthümer des Grundstückes zu betrachten. Zum Verkaufe ausgesetzt waren nicht etwa die einzelnen ideellen Antheile der Miteigenthümer, sondern das Grundstück als einheitliche Sache, wie dasselbe denn auch für einen einheitlichen Preis dem Käufer zugeschlagen ist. Auf die Ausführung, es fehle bei der theilungshalber geschehenden nothwendigen Subh. das gemeinschaftliche Kontrahiren, also gerade dasjenige Moment, durch welches bei einem freiwilligen gemeinschaftlichen Verkaufe das Korrealverhältniß der Verkäufer erzeugt werde, ist zu erwidern, daß, wenn auch nur der auf die Subhastation dringende Miteigenthümer freiwillig verkauft, während die andern Miteigenthümer sich in einer Zwangslage befinden und die Subh. über sich ergehen lassen müssen, es dennoch an dem Momente des gemeinschaftlichen Kontrahirens keinesweges fehlt, da es für dasselbe unerheblich ist, ob die gemeinsam Handelnden zum Theil freiwillig, zum Theil gezwungen handeln. Der die Subh. leitende und den Zuschlag ertheilende Richter ergänzt den etwa mangelnden Vertragswillen derjenigen Miteigenthümer, gegen

---

steher ohne Erfolg belangt, war bei der Kaufgelderbelegung ausgeblieben und klagte dann gegen den letzten Perzipienten auf Herauszahlung des in dem Meistgebot enthaltenen Werths der Sachen. Die Klage ist gegen den 2. Richter, der abgewiesen, weil die Kaufgelderbelegung nicht benutzt, durchgedrungen. Das RG. führt aus, daß die Kaufgelderbelegung nicht die Wirkung des Judikats habe, der Art, daß dadurch jeder Anspruch des Berechtigten auf Entschädigung, der sich nach allgem. Grundsätzen, hier versio in rem, rechtfertige, ausgeschlossen. (Vgl. ObTr. 69 S. 69 zu I 13 §§ 262 ff.) In RG. 8 S. 204 ist aber der Anspruch auf das beschränkt, was in den Kaufgeldern von dem Werthe der Sachen wirklich enthalten, dem Kläger der Beweis dafür auferlegt, die Anwendung der Ausnahmevorschrift § 171 h. t. abgelehnt.

Absolut ausgeschlossen ist die Möglichkeit der Eviktion und eines Anspruchs daraus aber nicht, wie z. B. der Fall Erk. d. zeigt, wo die Präklusion nicht wirkte, weil das subhastirte Grundstück doppelt eingetragen. Eviktion durch dingliche Ansprüche anderer Art (Hypotheken, Servituten, Pacht-, Nießbrauchrechte), Erk. a., b. Nr. 197, ist nicht denkbar, weil die Hypotheken, mit Ausnahme des im Erk. f. behandelten Falles, übernommen oder durch die Subh. erledigt werden, hinsichtlich Pacht und Miethe durch §§ 350 ff. I 21 (§ 22 Ges. v. 13. Juli 1883 letzter Satz) nach der offenen Intention des Gesetzes genügend gesorgt ist, und Rechte anderer Art, die zur Eviktion führen könnten, regelmäßig solche, die der Eintragung bedürfen und bei der Subh. berücksichtigt werden. Wegen des Vorkaufsrechts bestimmt jetzt § 67 des Ges. Vgl. auch RG. 4 S. 230. Wesentlich anders als bei dem gewöhnl. Verkauf gestaltet sich die Gewährl. wegen rechtlicher Mängel im Sinne §§ 175 ff. h. t. Das Ges. v. 13. Juli 1883 hat das frühere R. in dieser Beziehung nicht unwesentlich geändert. Die Lasten publizistischer Natur, §§ 175—182, Nr. 198, gehen zwar auf den Ersteher wie auf jeden Käufer über; § 182 ist aber unanwendbar, weil die Rückstände aus den Kaufgeldern bezahlt werden, und soweit dies nicht geschieht, der Verlust den Berechtigten trifft, §§ 24 ff., 27 (§ 40 Nr. 8) des Ges. v. 13. Juli 1883. Reallasten, Servituten, dingl. Rechte anderer Art aus privatrechtl. Titel gingen nach § 342 h. t., der sich nach PlPräj. 1435; ObTr. 10 S. 12, nicht blos auf die gemeinen, sondern auch auf die in § 49 der HypO. bezeichneten Lasten bezieht, auf den Ersteher über, wenn nicht das Gegentheil festgestellt. Namentlich bezog sich dies nach der Auslegung der Praxis auf eingetragene Altentheile, Wohnungsrechte, selbst

welche das Verfahren beantragt ist, und führt dadurch ein einheitliches Kaufgeschäft herbei zwischen dem Ersteher als Käufer und den bisherigen Miteigenthümern als Verkäufern. Die Meinung, daß das Preuß. R. ein gemeinschaftliches Eigenthum nicht kenne, sondern nur ein Miteigenthum zu intellektuellen Antheilen, wobei die gemeinschaftliche Sache rechtlich in so viele selbstständige Theile zerlegt gedacht werde, als Miteigenthümer vorhanden, so daß jedem Miteigenthümer nicht an dem Ganzen, sondern nur an dem intellektuellen Antheile und nur in Rücksicht auf denselben die Rechte des Eigenthümers zustehen, ist unrichtig. Die rechtliche Natur des Eigenthums wie jedes andern Vermögensrechtes wird davon nicht berührt, ob eine einzelne Person oder eine Mehrheit von Personen das Rechtssubjekt ist. In letzterem Falle gebührt der Gemeinschaft das Eigenthum. Dies ist im ALR. I 8 §§ 14, 15 ausdrücklich anerkannt, indem dort gesagt ist: „Wenn das volle Eigenthum über eine Sache mehreren Personen zukommt, so ist ein gemeinschaftliches Eigenthum vorhanden. Die Personen, welche ein solches gemeinschaftliches Eigenthum haben, werden Miteigenthümer genannt. Damit stehen auch die Vorschriften I 17 ALR. im Einklange. Es ist nicht nur in § 1 wiederholt, daß gemeinschaftliches Eigenthum alsdann vorhanden sei, wenn dasselbe Eigenthumsrecht mehreren Personen ungetheilt zukommt, sondern auch im § 10 ausdrücklich bestimmt: Kein Theilnehmer kann ohne Beistimmung der Uebrigen über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Benutzung gültige Verfügung treffen. Das ungetheilte Eigenthumsrecht an der gemeinschaftlichen Sache kann somit nur von sämmtlichen Miteigenthümern auf einen Andern übertragen werden, nur sämmtliche Miteigenthümer können durch Verkauf über die Sache als einheitliches Rechtsobjekt verfügen. Gerade aus diesem Grunde bedarf es für den Fall, daß die Miteigenthümer wegen der Verfügung über die Sache sich nicht einigen können, eines Mittels, der Gemeinschaft eine Ende zu machen, was am wirksamsten durch Verkauf der Sache und Theilung des erzielten Preises geschieht, und zu diesem Zwecke legt das Gesetz jedem Eigenthümer das Recht bei,

---

auf nicht eingetragene dann, wenn sie dem Ersteher bekannt, auf Grundgerechtigkeiten, auf die eingetr. Berechtigung zur Lieferung von Grubenprodukten gegen bestimmten Preis (StrA. 32 S. 81); PlPräj. 2520; ObTr. 28 S. 29 (StrA. 13 S. 331); PlPräj. 2593; ObTr. 29 S. 301 (StrA. 16 S. 170); ObTr. 43 S. 103 u. StrA. 37 S. 298 (Grundgerechtigkeiten); StrA. 1 S. 261; 8 S. 305; 61 S. 70; 72 S. 170; 64 S. 196; 73 S. 305; ObTr. 31 S. 161; Präj. 1293. Nach der SubhO. v. 15. März 1869 sollte die Präklusion gemäß § 13 Nr. 7 aber auch solche Berechtigte treffen, wenn sie nicht eingetragen und sich nicht gemeldet, auch wenn sie im Besitz, ObTr. 68 S. 212; StrA. 87 S. 46; ObTr. 67 S. 190; 60 S. 371. Modifizirt wurde dies schon durch § 12 EigenthGes. u. § 73 GrundbO. bezüglich der nicht eingetragenen Rechte. Durch § 47 EigenthGes. wurde doppeltes Ausgebot bei Existenz solcher eingetragener Lasten angeordnet, wenn ältere Hyp. oder Grundschulden vorhanden, dadurch aber nach ObTr. 72 S. 142; 79 S. 260 der Uebergang auf den Ersteher nicht gehindert, wenn das doppelte Ausgebot unterlassen und nichts über die Uebernahme stipulirt, selbst wenn der Ersteher ein vorgehender Hypothekengläubiger, der ausgefallen, ObTr. 56 S. 103 (kein Anspr. des ausgefallenen Hypothekengläubigers gegen den nacheingetragenen Altentheilsberechtigten auf Abtretung seiner Rechte). Vgl. auch ObTr. 74 S. 248 unt. Nr. 193a. u. b. S. 35, S. 41; RG. 7 S. 177 unt. Nr. 193b. S. 41.

Nach §§ 22, 60 des Ges. v. 13. Juli 1883 dagegen gehen auf den Ersteher ohne ausdrückliche Uebernahme nur die Lasten über, welche der Eintragung nicht bedürfen, z. B. Grundgerechtigkeiten, § 12 Abs. 2 EigenthGes., soweit nicht die Beschlagnahme, § 16 des Ges., entgegensteht, d. h. soweit der Erwerb nach Einl. oder Bekanntmachung der Subh. nicht durch §§ 16 ff. ausgeschlossen. (So schon StrA. 22 S. 200 für das frühere Recht.) Alle Lasten, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintr. bedürfen, gehen auf den Ersteher, mögen sie eingetragen sein oder nicht, nur über, wenn er sie übernommen hat. Vorsorge für die Berechtigten trifft § 60. Ist gegen § 60 verstoßen, so kann dem Berechtigten nur der Widerspruch bezw. die Beschwerde gegen die adjud. helfen. Ein Gewährleistungsanspruch ist wegen solcher Lasten nicht möglich, noch weniger wegen Hyp. und Grundschulden, für deren Uebernahme oder Berichtigung bezw. Löschung durch die Vorschriften über das Verfahren gesorgt ist.

Die Pflichten des Käufers, Nr. 199, sind durch die SubhO. und das Ges. v.

durch Anrufen des Richters in geordnetem Verfahren einen Verkaufsakt herbeizuführen, in welchem der Richter Namens aller Eigenthümer, deren etwa widerstrebenden Willen er ergänzt, das ungetheilte Eigenthumsrecht an der Sache auf den Ersteher überträgt. Daß das ALR. I 17 § 4 das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zum besonderen Eigenthume desselben rechnet und dasselbe zu einem besonderen Verkehrsobjekte macht, welches der Theilnehmer veräußern, §§ 60 ff. a. a. O. und verpfänden §§ 69 ff. a. a. O., kann, verwandelt das gemeinschaftliche Eigenthum an der Sache selbst nicht zu einer Summe von Antheilsrechten und schließt insbesondere nicht aus, daß über die Sache selbst nur durch gemeinschaftlichen, gleichmäßig auf die ganze Sache gerichteten Vertragswillen der Theilnehmer kontrahirt werden kann. Stehen hiernach sämmtliche Miteigenthümer gleichmäßig als Verkäufer dem Verklagten als Käufer gegenüber, so könnte die Klägerin die Mithaftung für die noch auf dem Grundstück stehenden, von dem Verklagten nicht übernommenen Hypotheken nur dann von sich ablehnen, wenn nach den Gesetzen über die zum Zweck der Auseinandersetzung geschehende nothwendige Subhastation die Anwendung des im ALR. I 11 § 184 ausgesprochenen Grundsatzes in Betreff der Miteigenthümer, gegen welche die Subh. beantragt ist, besonders ausgeschlossen wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Daß nach der SubhO. § 113 Nr. 1 gegen diese Miteigenthümer die Wirkungen der nothwendigen Subhastation eintreten, bezieht sich nur auf Beschränkungen, welche sie an ihren Rechten erleiden, wie sich schon aus dem Ausdruck ergiebt, daß die gedachten Wirkungen „wider die Miteigenthümer" eintreten. Hieher gehört vornehmlich der dem Willen des Miteigenthümers auferlegte Veräußerungszwang. Daß er aber, etwa als Milderung dieses Zwanges, hinsichtlich der seinen Antheil nicht belastenden Hypotheken, welche von der Subh. unberührt und deshalb im Hypothekenbuche stehen bleiben, vom Käufer aber nicht übernommen sind, diesem nicht mitverhaftet sein solle, ist in den Gesetzen nirgends ausgesprochen. Da eine Vertretung nicht übernommener und dennoch stehenbleibender Hypotheken bei der schuldenhalber erfolgenden Subh., wie erwähnt, nicht vorkommen kann, so hätte eine Beschränkung der Vertretung zu den besondern, nur auf die theilungshalber geschehenden Subhastationen sich beziehenden Vorschriften des § 113 gehört, und diese enthalten keine derartige Bestimmung. Daß solche Beschränkungen aus allgemeinen Grundsätzen nicht herzuleiten, ergeben die obigen Erörterungen.

Der Verklagte hatte nach alledem bei der Abgebung seines Gebotes nur darauf zu sehen, daß die Forderungen derjenigen Hypothekengläubiger, gegen welche die Wirkungen der nothwendigen Subhastation eintreten, soweit diese Forderungen bei

---

13. Juli 1883 geregelt. Von besonderer Bedeutung sind dafür die vom früheren R. erheblich abweichenden Vorschr. des Ges. v. 13. Juli 1883 über die Belegung des Kaufgeldes durch Baarzahlung bezw. Uebernahme der eingetr. Hypotheken und die Wirkung dieser Uebernahme, §§ 57, 59, 116. Das auszuzahlende Kaufgeld zahlt der Käufer aber an den Richter; § 102 Abs. 2. Verkäufer und Gläubiger haben ohne Ueberweisung im Kaufgelderbelegungsverfahren keine Klage auf Zahlung. Nach § 57 Abs. 6 hat der Käufer vom Tage der Verkündung der adjud. ab das baare Kaufgeld zu verzinsen, weil er von demselben Tage ab die Nutzungen hat, § 109 h. t. Auch diese Zinsen sind Zinsen ex lege, in der adjud. braucht darüber nichts gesagt zu sein. Dasselbe ist für die SubhO. v. 15. März 1869 §§ 57, 62, 65 in ObTr. 67 S. 124; 82 S. 71 angenommen. In ersterem Falle wollte der Ersteher das nicht bezahlte und eingetragene Kaufgeld nicht vom Tage der adjud. verzinsen, weil ihm gemäß § 57 SubhO. (wie jetzt nach § 98 des Ges. v. 13. Juli 1883) das Grundstück nicht übergeben war. Dies ist verworfen. In ObTr. 82 S. 71 war das Restkaufgeld aus der adjud. von 1846, in welcher die Verzinsung vom Tage derselben bedungen, mit Zinsen für A. eingetragen, vom Ersteher an B. verkauft, der gegen A. 1877 auf Löschung klagte, weil er das Kapital gezahlt, die mehr als vier Jahre rückständigen Zinsen aber verjährt. Die Klage ist abgewiesen, weil die Zinsen trotz der Stipulation keine vorbedungenen, sondern gesetzliche Zinsen, jedenfalls auch Judikatzinsen. Da nach § 129 des Ges. v. 13. Juli 1883 die Zwangsvollstreckung aus der adj. gegen den Ersteher zulässig, gilt dies auch für das bestehende Recht. Von der Zinspflicht kann sich der Ersteher aber durch Hinterlegung gemäß §§ 102, 103 des Ges. befreien (wie im gem. R. StrA. 33 S. 173).

der Kaufgelderbelegung nicht ausfallen würden, und die von der Subhastation unberührt bleibenden Forderungen durch das Kaufgeld gedeckt wurden; war dies der Fall, so lief er keine Gefahr, über den Betrag des Kaufgeldes hinaus in Anspruch genommen zu werden. Im Uebrigen liegt die Vertheilung des Kaufgeldes außerhalb seines Interesses als Käufer, es kann daher unerörtert bleiben, wieweit der Verklagte im Stande gewesen, die für diese Vertheilung maßgebenden Thatsachen und Rechtsverhältnisse aus den Subhastationsakten zu ersehen. Keinenfalls kann hieraus ein selbstständiges Argument für die Ansicht der Revidentin entnommen werden.

Wenn die Revidentin endlich für ihre Ansicht noch geltend macht, daß die gegnerische Auffassung zu einem mit der Vorschrift im ALR. I 17 § 10 unvereinbaren Ergebniß insofern führen würde, als nach jener ein Miteigenthümer, oder auch ein Gläubiger desselben durch Eintragung im Exekutionswege, die ganze gemeinschaftliche Sache zum Nachtheil der andern Miteigenthümer belasten könnte, so ist hiergegen schon von dem App.=Richter zutreffend darauf hingewiesen, daß jeder Miteigenthümer die aus einer übermäßigen Belastung des Antheils eines andern Miteigenthümers ihm etwa drohenden Ungelegenheiten durch einen seinerseits gegen diesen Miteigenthümer gerichteten Subhastationsantrag abzuwenden vermag, weil dadurch die Wirkungen der nothwendigen Subhastation auch gegen die Gläubiger der jenen Antheil besonders belastenden Hypotheken eintreten.

Die nach ALR. I 11 § 184 den Verkäufer treffende Haftbarkeit, welche nach den vorstehenden Erörterungen im vorliegenden Falle die Klägerin mittrifft, stellt sich, wie bereits in den Gründen des PlBesch. v. 2. Febr. 1852; ObTr. 22 S. 145*) gezeigt ist, als ein eigentlicher Eviktionsfall im Sinne der §§ 135 ff., § 164 a. a. O. allerdings erst dar, wenn durch Geltendmachung der Hypothek dem Käufer die gekaufte Sache ganz oder theilweise entzogen ist. Indessen bleibt bis dahin die Vorschrift des § 184 keineswegs wirkungslos, sie besagt, daß die auf dem Gute haftende Hypothek fortgeschafft werden muß, denn der Käufer hat das Recht, gegen die Folgen solcher Ansprüche gesichert und in den Stand gesetzt zu werden, sich der Sache unbeschränkt durch die Pfandrechte Dritter bedienen zu können. Die Hypotheken, deren Stehenbleiben auf dem Grundstücke im Kaufgelderbelegungstermine sich ergab, sind als Ansprüche Dritter an die Sache im Sinne des § 222 a. a. O. zu erachten,

---

*) Nr. 104 Bd. I S. 461.

Außer der Zwangsvollstreckung gegen seine Person hat sich der Ersteher, der nicht zahlt, auch die Wiederversteigerung gefallen zu lassen, § 128 des Ges., die, wie im früheren R., ObTr. 17 S. 490; Präj. 1949b., auch gegen den dritten Erwerber zuzulassen sein wird. In StrA. 80 S. 245 hatte A. sein Grundstück unter B. u. C. getheilt, wobei stipulirt, daß C. das Eigenthum des auf der dem B. zugewiesenen Nr. 359 befindlichen Brau= und Malzhauses haben, B. die Wegnahme nicht solle fordern, dem C. vielmehr den Zutritt solle gestatten müssen, so lange C. die Brauerei betreibe. Demnächst wurde Nr. 359 subhastirt, dem C. zugeschlagen, in der Resubhastation dem D., der nun das Brau= und Malzhaus in Besitz nahm und dem C. den Zutritt wehrte. Die Klage des C. gegen D. ist in 3. Instanz abgewiesen. Der 2. Richter hatte angenommen, daß das Haus nicht Objekt der Resubhastation, weil es nicht Objekt der Subh. gewesen. Das ObTr. hat dagegen deduzirt, daß die Resubh. eine neue Subh., nicht Fortsetzung der alten, deshalb nicht nothwendig dasselbe Objekt habe, Objekt der Resubhastation das Grundstück so gewesen, wie es sich in den Händen des C. gestaltet, d. h. mit dem Brauhause als Zubehör, was es durch die Vereinigung des Eigenthums in der Hand des C. geworden, daß C. die Ausschließung des Hauses habe herbeiführen müssen, ohnedies die Versteigerung und Zuschlag das Haus mitergriffen habe. Dies ist auch für das bestehende R. anzunehmen.

Ueber die Stellung des Erstehers bei Aufhebung des Zuschlags in Folge eines Rechtsmittels vgl. ObTr. 20 S. 106; Präj. 2274 zu I 15, § 94 Ges. v. 13. Juli 1883, § 655 Abs. 2 CPO., § 353 h. t.

Ueber die Cession der Rechte aus dem Meistgebot bestimmt jetzt § 83 Abs. 2 des Ges. v. 13. Juli 1883.

deren Hervortreten vor der Bezahlung des Kaufgeldes den Verklagten berechtigte, einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückzubehalten und gerichtlich niederzulegen. Es beschwert daher die Klägerin in keiner Weise, wenn sie von dem App.-Richter mit dem Antrage, zu erkennen, daß dem Verklagten das in Anspruch genommene Retentionsrecht nicht zustehe, der dieses Recht betreffende Vermerk im Hypothekenbuch zu löschen, und der Resubhastation wegen des Kaufgeldrückstandes von 728 Rthlrn. 1 Sgr. 8 Pf. Fortgang zu geben sei, abgewiesen und zugleich auf die Widerklage des Verklagten verurtheilt ist, unter Anerkennung seines Retentionsrechts und Tragung der Depositionskosten in Gemeinschaft mit ihren früheren Miteigenthümern die auf dem fraglichen Grundstücke noch eingetragenen Hypotheken löschen zu lassen, beziehungsweise den Betrag derselben dem Verklagten nach Zahlung derselben zu erstatten, und ihm 283 Rthlr. 7 Pf. nebst Zinsen als den Betrag einer inzwischen von ihm bezahlten anderweitigen Hypothekenforderung zu bezahlen. Was insbesondere die zu vertretenden Hypotheken betrifft, so ist es unstreitig, daß sie nach der Kaufgelderbelegung im Hypothekenbuche stehen geblieben sind, und gegen ihre Richtigkeit hat die Klägerin nichts eingewendet. Die dem Verklagten zu erstattenden 283 Rthlr. 7 Pf. sind ein Theil der damals ebenfalls ungelöscht gebliebenen Hypothekenforderung von 500 Rthlrn., welche unter Rubrika III Nr. 28 eingetragen standen und von dem Verklagten der Gläubigerin bezahlt sind. Daß der Verklagte sich von der Gläubigerin nicht Quittung, sondern Cession hat ertheilen lassen, berührt die hier zu treffende Entscheidung nicht. Der Verklagte verlangt von den 500 Rthlrn. nur den Theil erstattet, welcher nicht durch den mit Zustimmung der Interessenten einbehaltenen, in dem vorliegenden Prozesse nicht mitbegriffenen Kaufgeldantheil der verehelichten D. Deckung gefunden hat.

Nr. 209a. § 340. V. v. 14. Juli 1797 gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen.*)

PlPräs. 1026 v. 16. August 1841; ObTr. 7 S. 114.

In dem entschiedenen Falle handelte es sich um die Frage, ob, wenn ein der V. v. 14. Juli 1797 entgegenlaufender Vertrag vorliegt, auch der Zuschlag selbst angefochten werden kann oder der Anspruch des Eigenthümers oder Gläubigers sich auf die Herausgabe des dem Abstehenden stipulirten Vortheils beschränkt. Das Plenum hat letzteres angenommen.

Gründe: Die V. v. 14. Juli 1797 enthält darüber, ob in dem vorausgesetzten Falle der Adjudikationsbescheid bei Kräften bleibe oder nicht, keine ausdrückliche Bestimmung. Für die Ansicht, daß unter der in Rede stehenden Voraussetzung der Zuschlagsbescheid mit Erfolg angefochten werden könne, führt man an:

Wenn die Subh.-Interessenten, unbekannt mit dem Abstandsvertrage zwischen dem Adjudikatar und einem oder mehreren anderen Kauflustigen ihre Einwilligung zu dem Zuschlag erklärt haben, so sind sie dabei in einem Irrthume gewesen, indem von ihnen vorausgesetzt worden, daß eine freie Konkurrenz stattgefunden habe, und kein höheres Gebot zu erlangen gewesen sei. Dieser Irrthum aber betrifft sowohl die Person des anderen Kontrahenten, des Adjudikatars, als auch einen wesentlichen Theil des Kaufgeschäfts, nämlich den Kaufpreis, ALR. I 4 §§ 75, 76. Ist es

*) Vgl. Dernburg 2 § 14; Förster (Eccius) 2 § 130 III. — Daß der civilrechtl. Inhalt der V., deren Strafbestimmung unter 4. durch den in das Deutsche StGB. nicht aufgenommenen § 270 des Preuß. StGB. ersetzt, durch § 2 des EinfGes. z. StGB.

vollends der Meistbietende selbst gewesen, der jene Täuschung hervorgebracht hat, so nimmt sein Verfahren sogar den Charakter des Betruges an, §§ 84, 85 a. a. O.

Dieser Ausführung kann man nicht beistimmen. Es werden in derselben die Begriffe von Irrthum und Betrug auf Fälle angewendet, auf welche sie nicht passen. Die Subh.-Interessenten sind weder über die Person des Käufers, noch über den Betrag des Kaufpreises irgendwie im Irrthum gewesen. Sie haben vielmehr gerade dem, der im Licitationstermine das höchste Gebot abgegeben hat, und keinem Andern, die Sache zuschlagen wollen. Eine Verwechselung bei der Person des andern Kontrahenten können sie mithin nicht behaupten. Sie haben ferner das von dem Adjudikatar in einer bestimmten, objektiv durchaus nicht zweifelhaften Summe abgegebene höchste Gebot angenommen; es macht daher auch diese Summe unbedenklich den wohlverstandenen, wahren und wirklich vereinbarten Kaufpreis aus, sodaß, wenn dieselbe in dem Adjudikationsbescheid ebenfalls als Kaufpreis bezeichnet ist, von einem Mißverständnisse unter den Parteien über den verabredeten Kaufpreis in keiner Art die Rede sein kann.

Möglich ist es allerdings, daß die Subh.-Interessenten, wenn sie um das Verfahren des Meistbietenden gewußt, daraus ein Motiv entnommen hätten, gerade ihm den Zuschlag nicht zu bewilligen. Sollten sie indeß bei Ertheilung ihrer Zustimmung in den Zuschlag auch vorausgesetzt haben, daß von dem Meistbietenden ein Abstandsvertrag nicht geschlossen worden, diese Voraussetzung aber in der That falsch sein: so ist doch die Rechtsbeständigkeit der Verträge von der Richtigkeit blos innerer Vorstellungen, sofern sie nicht von dem andern Kontrahenten vorsätzlich veranlaßt sind, oder das Wesen des Geschäfts selbst betreffen, durchaus nicht abhängig, ALR. I 4 § 49. Ueberhaupt muß es nach allgemeinen Grundsätzen für den Verkäufer rechtlich ganz gleichgültig sein, was von dem Käufer vor dem Abschlusse des Kaufkontrakts in Bezug auf diesen etwa mit andern Personen verhandelt worden, und ob er dieselben durch Bitten oder Versprechungen veranlaßt hat, von eigener Bewerbung um die Sache abzustehen, oder ihnen bei dem Verkäufer zuvorgekommen ist. Selbst wenn der Käufer von einem Andern den Auftrag hatte, die Sache für den Letzteren um einen höheren Preis zu kaufen, wird der Verkäufer, welchem der Käufer dies verschwieg, den einmal mit dem Letzteren auf dessen eigenen Namen, um einen geringern Preis abgeschlossenen Vertrag nicht anfechten können, wenn er hinterher das Mandatsverhältniß erfährt, ALR. I 13 § 154. In allen diesen Fällen irrte weder der Verkäufer, wenn er annahm, daß der andere Kontrahent für seine Person kaufen wollte, noch ist er im rechtlichen Sinne betrogen, indem ihm der Andere nichts weiter eröffnete, als daß er die Sache für sich haben wolle, womit der Verkäufer sich ja einverstanden erklärte. Das bloße Verschweigen und Vorenthalten der mit

---

v. 31. Mai 1870 unberührt geblieben, ist nicht bedenklich. OHG. 19 S. 273; StrA. 100 S. 154; ObTr. 26 S. 246 (StrA. 11 S. 143). Die V. bezieht sich auf alle nothw. u. freiwilligen gerichtlichen und andere öffentlichen Verkäufe, öffentliche, d. h. so wie die gerichtlichen unter öffentlicher Autorität abgehaltenen, OHG. 19 S. 273 (vgl. auch OHG. 14 S. 330; 16 S. 92; 19 S. 90; 20 S. 23 über den Begr. des öffentl. Verk. in Art. 343, 354 HGB.) Nach dem PlBeschl. soll sich der civilrechtl. Inhalt auf die Unwirksamkeit des Vertrages, §§ 2, 5 u. den Anspr. auf Herausgabe des Vortheils, §§ 3, 5 beschränken. Ebenso StrA. 35 S. 163, anders aber ObTr. 65 S. 132, dessen Thatbestand unter Nr. 61 Bd. I S. 243 mitgetheilt; es handelte sich um Pachtlizitation und eine öffentl. Hebestelle. Dort ist auf die §§ 77, 148 I 4 die Aufhebung des Pachtvertr. gegründet. Der PlBeschl. ist nicht ohne Tadel geblieben: Koch, R. der Forderungen 3 S. 823; Gruchot 4 S. 242. Festgehalten ist der Grundsatz auch in ObTr. 26 S. 246 (StrA. 11 S. 143), Präj. 2494, wo A. das auf 450 taxirte Grundstück für 161 erstanden, Bietungslustige durch Zahlung eines Abstandsgeldes von 40 abgehalten hatte und ein ausgefallener Hypothekengläubiger gegen A. princip. die Differenz zwischen Meistgebot und Taxe als Entschädigung nach §§ 10 ff., 16, 25, 84 ff. I 6 forderte. Dies hat das ObTr. gegen beide Instanzen aber abgelehnt, weil § 3 einen Entschädigungsanspr. aus unerlaubter Handlung über den Vortheil hinaus, den die Kontrahenten stipulirt, nicht statuire, da immer ungewiß bleibe, ob durch das Abhalten andrer Bieter ein wirklicher Verlust herbeigeführt.

dritten Personen in Beziehung auf den gesuchten Gegenstand bereits getroffenen Verabredungen enthält weder die Erregung eines Irrthums bei dem Besitzer der Sache, ALR. I 4 § 84, II 20 § 1256, noch eine Verletzung vertragsmäßiger oder gesetzlicher Rechte desselben, da für den gewöhnlichen Verkehr keineswegs wie bei einzelnen Geschäften, z. B. bei gewagten Verträgen überhaupt, I 11 § 539, bei Versicherungen insbesondere, II 8 §§ 2024 ff., 2201, oder im Falle ALR. I 9 § 101 den Kontrahenten allgemein zur Pflicht gemacht ist, sich alle Umstände, die auf die Steigerung oder Erniedrigung des Preises 2c. von Einfluß sein können, gegenseitig gegen ihr eigenes Interesse mitzutheilen. Nur positive falsche Vorspiegelungen dürfen nicht stattfinden; im Uebrigen hat Jeder sein eigenes Interesse selbst wahrzunehmen. Nach allg. Grundsätzen können demnach auch die bei Gelegenheit von öffentlichen Verkäufen vor oder in den Licitationsterminen angewendeten Bemühungen eines Kauflustigen, die übrigen durch Bitten, Vorstellungen oder Versprechungen zum Aufgeben ihrer Konkurrenz zu bestimmen, die Ungültigkeit des hiernächst zwischen ihm und den Subh.-Interessenten zu Stande gekommenen Geschäfts nicht begründen; sogar die Ungültigkeit der Abstandsverträge selbst würde an sich mindestens sehr zweifelhaft sein. Dies ist in der V. v. 14. Juli 1797 anerkannt, und als bis dahin geltendes Recht vorausgesetzt; die V. kündigt die darin enthaltenen Bestimmungen ausdrücklich als neue, durch dieselbe erst eingeführte Vorschriften an, § 1.

Nach bekannten Regeln über die Auslegung von Ausnahmegesetzen sind nun alle diejenigen Grundsätze des gem. R., welche in einem Ausnahmegesetz nicht speziell abgeschafft oder modifizirt worden, als beibehalten anzusehen. Dies auf das in Rede stehende Rechtsverhältniß angewandt, ergiebt sich, daß in der V. v. 14. Juli 1797 nur die Abstandsverträge selbst ausdrücklich für unkräftig erklärt sind. Für eine solche Bestimmung sprechen allerdings beachtenswerthe Motive. Denn abgesehen davon, daß dergleichen Winkelverträge dem Bestreben der Staatsbehörde, im Interesse der unter ihrem Schutze stehenden Extrahenten einer Versteigerung ein möglichst hohes Gebot herbeizuführen und zu dem Zweck die Konkurrenz so viel als möglich zu erweitern, gerade entgegenwirken, wird durch jene Verträge gewissermaßen auch ein allg. Rechtsprinzip gefährdet. Es soll sich Niemand mit dem Schaden des Andren bereichern; dies aber findet bei Abstandsverträgen allerdings insofern statt, als durch sie einerseits der abgekaufte Bietungslustige sein Vermögen vermehrt, ohne etwas Anderes, als seine Absicht zum Mitbieten aufzugeben, andererseits aber wenigstens so viel einleuchtet, daß dies auf Kosten der Verkäufer geschieht.

Zwar liegt in dem Verzicht auf das Mitbieten noch das Aufgeben eines vielleicht vortheilhaften Erwerbes, der dem zurücktretenden Lizitanten ebenfalls angeboten war, und aus diesem Grunde läßt sich eine Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen ohne Weiteres nicht annehmen; dadurch aber, daß die Abstandsvergütung am letzten Ende den Verkäufern entgeht, also von ihnen getragen werden muß,

---

Für den einfachen Thatbestand, den § 1 der V. voraussetzt, kann dies richtig sein; dahin steht, ob nicht durch Hinzutreten andrer Momente ein weiterer Anspruch zu rechtfertigen. Denn der einfache Thatbestand des § 1 der V. setzt nichts voraus, als objektiv einen Vertrag der Art, wie in § 1 u. § 5 angegeben, weder die Absicht eines andren Vortheils, als das Erlangen der Sache, noch weniger die Absicht der Benachtheiligung oder die wirkliche Benachtheiligung. So ObTr. 72 S. 74. Hier hatte der Ersteher A. dem Hypothekengläubiger B., der mitbieten wollte, um seine Hyp. zu retten, einen Revers gegeben, daß er ihm für seine Hyp. von 480 bez. den etwaigen Ausfall aufkomme. Die Klage des B. auf Zahlung des Ausfalls ist aus § 2 der V. abgewiesen, obwohl B. replizirte, daß weder Subhastat noch die andern Gläubiger benachtheiligt seien. Das abweichende Erk. ObTr. 64 S. 395 argumentirt allerdings, daß die V. unanwendbar, wenn kein Nachtheil vorliege, und deducirt dies aus der ratio legis und den §§ 3, 5. Der Fall lag aber ganz besonders. Die beiden Miteigenthümer A. und B. hatten, als A. das Grundstück theilungshalber zur nothw. Subh. brachte, paktirt, daß A. dem B. für sein Miteigenthum 100 zahle, wenn er nicht mitbiete. Der 2. Richter wies die Klage des B. auf Zahlung aus § 2 der V. ab. Das ObTr. hat vernichtet, weil Hypothekengläubiger, die von der Subh. betroffen, nicht vorhanden, der Vertr. zwischen den Miteigenthümern danach in der That nichts war, als ein Vertr. über die Abfindung des Miteigenthümers. Dadurch war die Möglichkeit eines Nachtheils, von

scheint sich die vom Gesetz ausgesprochene Ungültigkeitserklärung der Abstandsverträge allein schon hinlänglich zu rechtfertigen. Diese Ungültigkeitserklärung, verbunden mit der Verpflichtung zur Herausgabe des Abstandsgeldes an die Subh.-Interessenten und mit der im § 4 der V. festgesetzten fiskalischen Strafe, hat aber der Gesetzgeber zur Erreichung seines Zweckes für genügend gehalten, und das dürfte in der That auch anzunehmen sein. Zur Abschreckung von fernerer Eingehung solcher Verträge dient die angedrohete Strafe zum Ersatze des den Interessenten zugefügten Vermögensnachtheils dagegen die ihnen herauszuzahlende Abstandssumme. Die letztere Summe wird auch meistentheils demjenigen Betrage ziemlich nahe kommen, um welchen der zurücktretende Kauflustige die Sache höher schätzte, und sie empfiehlt sich überhaupt als das entsprechendste und einfachste Ausgleichungsmittel zum Ersatz des den Interessenten erwachsenen Schadens um so mehr, als es schwer sein dürfte, außerdem einen andern, hinlänglich begründeten Maaßstab für die Entschädigung zu finden. Denn wie es selbst in manchen Fällen noch sehr dahin stehen mag, ob derjenige, welcher die Abstandssumme annimmt, auch überhaupt wirklich mitgeboten hätte, so wird insbesondere die Frage, bis zu welcher bestimmten Summe der abgekaufte Lizitant geboten haben würde, wenn der Winkelvertrag nicht geschlossen wäre, schwerlich jemals mit Sicherheit zu beantworten sein. Hiernach möchte es sich denn auch nicht lohnen, das in der Subh. einmal erlangte Resultat aufzugeben, um mit großem Kosten- und Zeitaufwand einen neuen Lizitationsversuch anzustellen. Ein erhebliches Mehrgebot, welches jenen Verlust auf- oder gar überwiegt, dürfte sich kaum erwarten lassen; am wenigsten aber möchte dies um deswillen der Fall sein, weil bei der stattgehabten Lizitation einige anscheinend kauflustige Personen ihre gewiß nicht einmal sehr ernstlich gemeinten Absichten auf das Grundstück gegen ein Abstandsgeld aufgegeben haben. Die Letzteren gerade werden bei der neuen Lizitation wahrscheinlich nicht wieder als Bieter mit auftreten, wenn sie wegen des von ihnen eingegangenen Abstandsvertrages bereits Schadensersatz und Strafe haben zahlen müssen; daß aber dieser Umstand unter dem übrigen Publikum ein lebhafteres Begehren nach dem Grundstück hervorbringen werde, als sich bei der ersten Lizitation gezeigt hat, läßt sich mit zureichendem Grunde nicht voraussetzen. Wenn übrigens am Schluß einer Lizitation wirklich eine genügende Veranlassung vorhanden ist, das gebotene Kaufgeld im Verhältnisse zu dem Werthe der Sache für zu niedrig anzusehen, und von einem wiederholten Lizitationsverfahren ein erheblich günstigeres Resultat zu erwarten: so geben die Gesetze den Interessenten einen ganz einfachen Weg an die Hand, auf welchem sie eine neue Lizitation herbeiführen können. Finden die Interessenten hierzu keinen Anlaß, erklären sie vielmehr den Kaufpreis an sich für annehmbar, ohne daß ein gesetzmäßig begründeter Antrag auf Fortsetzung der Subh. von irgend einer Seite erfolgt: so kann die einmal er-

---

der die V. ausgeht, ausgeschlossen. Der Anspruch geht inhaltlich auf den stipulirten Vortheil und geht gegen den, der ihn hat. Was als Vortheil anzusehen, ist konkret zu beurtheilen. In ObTr. 28 S. 240 (StrA. 14 S. 114), Präj. 2532 hatte der Ersteher dem Bieter A. 80, dem B. 50, dem C. Zahlung seiner eingetragenen 375 zugesagt; der Hypothekar D. war mit 298 ausgefallen; hier sind diese 80, 50 u. 375 als der Vortheil erachtet, in dem obigen Falle ObTr. 26 S. 246 die versprochene Abstandssumme von 40, in StrA. 100 S. 154, wo der Ersteher dem Hypothekengläubiger reversmäßig die Zahlung seines Ausfalls an der Hypothek zugesagt, dieser Ausfall.

Kein Vortheil ist angenommen in StrA. 40 S. 151, wo der Hypothekar dem Ersteher vor der Lizitation seine Hypothek cedirt und der Ersteher die Zahlung des Nominalbetrags als Valuta versprochen hatte, weil nach der Sachlage der Hypothekar in der Cessionsvaluta nur das Aequivalent für seine Forderung erhalten, für die er Deckung auch in der Subhastation erhalten haben würde. Die Klage auf Zahlung der Valuta ist deshalb zugelassen.

Den Vortheil hat der Ersteher, wenn er die Abstandssumme noch nicht gezahlt, der Mitkontrahent, wenn er sie bezahlt erhalten. In dem obigen Falle ObTr. 26 S. 246 ist deshalb auch der event. Anspr. auf die 40 abgewiesen, weil er die Abstandssumme bezahlt hatte, in ObTr. 28 S. 240 die Klage auf den Ausfall gegen den Ersteher zugelassen, weil er die den Ausfall übersteigenden zugesicherten Vortheile noch nicht gezahlt hatte.

klärte Annehmbarkeit des Meistgebots dadurch nichts verlieren, daß noch ein anderer angeblicher Kauflustiger da gewesen ist, aber nicht wirklich mehr geboten hat. Durch Aufhebung des Zuschlages wegen eines bei der Lizitation vorgekommenen Abstandsvertrages werden endlich alle diejenigen Gläubiger, welche durch das wirklich gebotene Kaufgeld gedeckt sind, die mithin durch das Unterhandeln des Adjudikatars mit seinen Konkurrenten keinen Schaden erleiden, ernstlich gefährdet werden können. Denn leicht wäre es möglich, daß die neue Lizitation ein noch ungünstigeres Resultat hätte, als die erste, und daß die bei dem bisherigen Meistgebote gedeckten Gläubiger deshalb gar noch von demjenigen, was sie schon erhalten haben, wieder herauszahlen müßten. Es ist wahrscheinlich, daß gerade diese Rücksicht den Gesetzgeber bei allem Widerwillen gegen den sogar für strafbar erklärten Eigennutz der Lizitanten veranlaßt hat, nicht die Anfechtbarkeit des Zuschlages selbst festzusetzen, vielmehr einen anderen Weg zu bezeichnen, auf welchem der verletzte Rechtszustand wieder hergestellt werden soll, nämlich die civilrechtliche Vergütigung für die beeinträchtigten Interessenten auf den Betrag der dem zurückgetretenen Kauflustigen gezahlten Abstandssumme festzusetzen, eine Entschädigung, deren Art und Maß nach dem oben Angeführten vollkommen angemessen ist.

Endlich ist noch eines Bedenkens zu erwähnen, welches aus § 35 I 3 ALR. hergeleitet werden könnte. Diese Vorschrift kann jedoch der vertheidigten Ansicht nicht entgegenstehen. Wenn auch der Adjudikatar selbst durch dergleichen Verträge andere Kauflustige vom Mitbieten abgehalten hat, so kann doch nur angenommen werden, daß bei Gelegenheit der Lizitation eine durch die V. v. 14. Juli 1797 bei fiskalischer Strafe verbotene und daher unerlaubte Handlung vorgefallen sei; nicht aber daß der Adjudikatar seinen Anspruch auf die zugeschlagene Sache aus dieser unerlaubten Handlung erworben habe.

Nr. 210. §§ 3—11; Einl. § 75. Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874. (ALR. III 5 §§ 19—22; Eisenbahnges. v. 3. Nov. 1838 §§ 11 ff.; Bergges. §§ 135—147.) Die Enteignung. Die Natur des Rechtsgeschäfts. Perfektion. Wirkungen.*)

a. Erk. v. 1. Mai 1857; ObTr. 35 S. 390.

b. Erk. v. 13. Juli 1877; StrA. 99 S. 227.

Im Falle a. war dem Beklagten ein Grundstück zum Festungsbau 1850 expropriirt, der gerichtliche Taxpreis vom Fiskus hinterlegt. Der Fiskus klagte demnächst auf Abschluss eines förmlichen Vertrages nach einem von ihm aufgestellten Entwurf, in welchem Beklagter namentlich Gewähr für Eigenthum und dessen Freiheit von Lasten übernehmen sollte, sowie auf Bewirkung der Löschung der eingetragenen Intabulate oder Beschaffung der Löschungskonsense. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. war 1871 durch die Verwaltungsbehörde die Verpflichtung des Klägers, sein Grundstück für den Expropriationszweck herzugeben, ausgesprochen, die Entschädigung nach einer Taxe vom Juni 1871 festgesetzt. Als der Kläger im Rechtswege eine höhere Entschädigung verlangte und die Sachverständigen dieselbe nach ihrer Taxe zur Zeit des Februar 1872 höher bemassen, sprach der 2. Richter nur den Preis nach der Taxe vom Juni 1871 zu, weil es auf die Werthserhöhung in der Zeit vom Juni 1871 bis Februar 1872 nicht ankomme. Das ObTr. ist dem beigetreten.

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 388_2; Dernburg (4. Aufl.) 1 § 34; Förster (Eccius) 2 § 131; Loebell, d. Preuß. Enteignungsgesetz, 1884 (besonders wichtig für die Kenntniß der Praxis des Reichsgerichts). Vgl. zu § 30 des EnteignGes. Erk. b., Nr. 172, Bd. 1 S. 929,

Gründe: a. Der Kläger hat den zweiten Antrag dahin gerichtet, daß Verklagter schuldig erachtet werde, die Löschung der Intabulate zu bewirken, oder, wie er später denselben modifizirt, die Löschungs-Konsense nach § 5 des Kontrakts-Entwurfs zu beschaffen, und drittens verlangt, daß Verklagter verurtheilt werde, nach dem vorgelegten Entwurf den Vertrag abzuschließen. Der App.-Richter verwirft diese Anträge. Er führt aus: der zweite Antrag entbehre jedes rechtlichen Fundaments und verlange etwas, was über alle Grenzen der formellen und materiellen Gesetzesvorschriften hinausgehe, die analog für die Fälle nothwendigen Verkaufs gegeben seien, nicht einmal ein Scheintitel sei angeführt für die Verpflichtung, die Depuration des Hypothekenbuchs selbst über das Pretium hinaus, und ohne persönliche Verpflichtung für die Schulden, herbeiführen zu müssen. Dies gelte auch von dem dritten Antrage, auch hier nehme Kläger nach § 4 des Entwurfs die Analogie der §§ 135, 136 I 11 ALR. ohne Grund in Anspruch; bei Expropriationen habe der Expropriirte nur zu dulden, daß der Expropriirende in Bezug auf das Grundstück lediglich seine Stelle als neuer bonae fidei possessor übernehme, für das Maß der Abgaben und etwaige hervortretende Servituten könne eine Gewähr schon jetzt nicht verlangt werden, da Verklagter bei der Taxe nicht zugezogen worden, diese keine definitive Preisfeststellung begründe, endlich auch Kläger nachzuweisen und zu begründen gehabt haben würde, warum Verklagter, wenn er auch aus dem Kaufgelde nichts erhalte, dennoch jene Gewähr leisten müsse.

Diese Ausführung greift der Implorant mit dem Vorwurf an, es seien die §§ 4—11, §§ 75, 135, 176, 183, 184 I 11 und des § 230 I 5 ALR. durch un-

---

932 (Frist oder Verjährung), in ObTr. 78 S. 207; StrA. 97 S. 158 unt. Nr. 14, Bd. 1 S. 60 über die Nichtrückwirkung des § 30 cit., ObTr. 82 S. 126 (StrA. 100 S. 51) unt. Nr. 148, Bd. 1 S. 746, 748 üb. die Unanwendbarkeit der §§ 13, 14, 24 ff. des EnteignGes. für vor dem Ges. v. 2. Juli 1875 entstandene Ansprüche. Vgl. ferner Nr. 133, Bd. 1 S. 615 u. ObTr. 78 S. 147, das. S. 618. Ebenso ObTr. 83 S. 278; RG. 2 S. 234, 243. Die Streitfrage über die Rückwirkung des EnteignGes., § 55 das., hat keine praktische Bedeutung mehr. —

Wie bei der Subh., kommt es auch hier nicht auf das Verfahren, sondern auf die rechtl. Natur des Geschäfts und seine Wirkungen an. Von besondrer Bedeutung ist für die Enteign. die Feststellung der Entschädigung. Vgl. darüber Nr. 210a. u. b. Ueber die rechtl. Natur des Rechtsgeschäfts bei der Enteign. verhält sich Erk. a. Die in demselben ausgesprochene Auffassung als Kauf ist in der preuß. Praxis konstant festgehalten. StrA. 32 S. 181; 43 S. 339; 48 S. 61; 75 S. 130; 86 S. 294 (Erk. a. Nr. 210a.); 81 S. 224; 90 S. 199; 95 S. 137; 97 S. 158. Ebenso OHG. 19 S. 168. Eine abweichende Auffassung findet sich in der Praxis des RG. nur in dem Urtheil Gruchot 25 S. 971 (Hilfs-Senat). Für das ALR. entscheidet dafür der § 3 h. t. In § 18 des EisenbGes. v. 3. Nov. 1838 u. in § 3 des MarksteinGes. v. 7. Okt. 1865, in welchem es sich um einen Fall der Enteign. handelt, ist die Entschäd. ausdrücklich als Kaufpreis bezeichnet. Das Besondre ist, daß sowohl das Objekt wie der Preis nicht von den Kontrahenten, sondern von Dritten bestimmt wird, das Obj. jetzt nach §§ 16, 18, 21 des EnteignGes. durch die zuständige Verwaltungsbehörde (§§ 150 ff. Ges. v. 1. Aug. 1883, GS. S. 237, 287), der Preis durch Sachverständige im Verwaltungswege bez. Rechtswege. Beides steht nach §§ 30, 47, 48, 54 h. t. der Annahme des Kaufs nicht entgegen. Vgl. Nr. 195. Auch die Person der Kontrahenten wird in gewissem Maße durch das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde festgestellt. Käufer ist der Expropriationsberechtigte, der Unternehmer, wie ihn das EnteignGes. bezeichnet. Ihn nennt, wo das Gesetz ihn im besondren Falle nicht von selbst giebt, die Kgl. Verordnung, oder der Beschluß der Verwaltungsbehörde, §§ 2, 3, 4 des Ges., § 150 Ges. v. 1. Aug. 1883. Das Gesetz selbst giebt ihn z. B. in § 56 Ges. v. 1. Aug. 1883 (GS. S. 237), wo der Wegebauverpflichtete als der Entschädigungspflichtige bezeichnet ist. So schon StrA. 34 S. 180. Vgl. ObTr. 53 S. 31, Nr. 28 Bd. 1 S. 105. ObTr. 81 S. 137, 79 S. 88, 96 (nicht gegen den Amtsvorsteher, Amtsverband). Daß der Staat als solcher nicht der Käufer um deswillen, weil er das Expropriationsrecht ausübt, sondern der, für den er es ausübt, war schon vor dem EnteignGes. angenommen, vgl. auch Erk. a., ebenso aber auch, daß die Erklärung des Staats, für wen er das Recht ausübt, entscheidend, daß die dadurch bestimmte Person des Käufers weder durch das Expropriationsresolut, noch durch den vom

richtige Auffassung und unterlassene Anwendung verletzt. Seine Ansicht beruht auf der Voraussetzung, daß der Expropriirte gehalten sei, einen Vertrag abzuschließen, und zwar unter den gewöhnlichen Bestimmungen bei Kaufverträgen nur mit Rücksicht auf die §§ 8—10 I 11 ALR. Allein diese Ansicht widerspricht den Gesetzen und der Natur der Sache. Mit Recht führt der App.-Richter aus, daß Grund und Zweck der allein maßgebenden §§ 4—11 I 11 sei, daß sobald der Taxwerth vorschriftsmäßig gerichtlich festgestellt und beim Widerspruch des Eigenthümers ad Depositum gezahlt ist, der Grund und Boden sofort zu dem höheren Zwecke eingezogen und verwendet werden könne, hiermit aber dem Bedürfniß des Staats oder Expropriations-Berechtigten genügt sei, daß alles Uebrige, namentlich die formellen Akte zur Legitimation desselben und Regulirung des Hypothekenbuchs, Vertheilung der Kaufgelder, im Gesetz nicht direkt festgestellt sei, daß der Expropriirende einen Kontrakts-Abschluß nach einem bestimmten aufgestellten Formular nicht zu fordern berechtigt sei, und daß die im Kontrakts-Entwurf aufgestellten Bedingungen ungesetzlich seien.

Allerdings nämlich behandelt das ALR. die Expropriation als Zwangsverkauf, was an sich nicht nothwendig ist, da gemeinrechtlich das Rechtsgeschäft auch als Vergleich aufgefaßt wird (Beseler, deutsches Recht 2 S. 90 ff.; Koch, Oblig. Recht 3 S. 604), und es unterliegt keinem Bedenken, daß die Grundsätze vom Kauf im Allgemeinen zur Anwendung kommen, namentlich hinsichtlich der Zeit der Zahlung, der Verzinsung des Kaufgeldes, der Verjährung. (Vergl. Bornemann Syst. 3 S. 2.) Es wird in der That ein bestimmter Gegenstand gegen ein richterlich fest-

---

Staat Berechtigten verändert werden kann, weil das Recht ein Recht im Sinne des § 382 I 11, für dessen Uebertragung es eines neuen Staatsaktes bedürfen würde. So ObTr. 40 S. 42, wo dem Fiskus das Recht für einen Kanaldurchstich verliehen, das Resolut für die (nicht einmal bezeichneten) Kanalinteressenten erlassen war. Das ObTr. hat angenommen, daß das Resolut über den Inhalt der Kgl. Verordnung nicht hinausgehen dürfe, und die Klage auf Zahlung der Entsch. gegen den Fiskus zugelassen. Dies muß auch heute gelten. Insoweit bleibt dem Richter die Prüfung frei, obgleich ihm im Uebrigen das Befinden über die Nothwendigkeit der Enteign. an sich und über das Objekt nach §§ 21, 22 Ges. zweifellos entzogen ist, StrA. 98 S. 129. StrA. 75 S. 130, wo daraus in einem Falle der §§ 241 ff., 142 ff. des Bergges. mit Recht gefolgert ist, daß eine Klage auf Ungültigkeitserklärung der Enteign. und Rückgabe, weil das verliehene R. erschlichen, unstatthaft. Dadurch, daß der definitiv bestimmte Berechtigte sich des Objekts entäußert, kann er sich nicht aus dem Rechtsverhältniß zu dem Verpflichteten (Verkäufer) lösen. In ObTr. 63 S. 94 war dem Kreise das Recht für einen Chausseebau verliehen sowohl bezüglich des Grund und Bodens wie des Baumaterials. Der Kreis hatte den Bau dem A. in Entreprise gegeben und ihm behufs Entnahme des Materials seine Rechte abgetreten, der A. aus dem Grundstück des B. Feldsteine entnommen. Hier ist die Klage gegen den Kreis in allen Instanzen durchgedrungen. Ebenso StrA. 48 S. 333, auch RG. 9 S. 267 zu § 14 EnteignGes. unt. Nr. 210b. Andererseits ist der Eigenthümer nach der Enteignung für den im Resolut bezeichneten Unternehmer nicht mehr verpflichtet, sich mit demselben in einen Streit darüber einzulassen, ob er zu dem Unternehmen verpflichtet und der Entschädigungsverpflichtete. So StrA. 81 S. 224, wo das Polizei-Präsidium in Berlin den A. zur Anlage einer neuen Straße für verpflichtet erklärt, dem B. für diese eine Parzelle enteignet und A. die Entschädigungssumme im Administrativexekutionswege hinterlegt hatte, B. gegen die Erben des A. auf Einwilligung in die Auszahlung klagte und durchdrang, obwohl die Erben excipirten, daß sie nicht verpflichtet, die Straße anzulegen. In gleicher Weise wird dem Unternehmer gegenüber die Person des Verpflichteten (Verkäufers) durch das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde festgestellt, §§ 24, 25 ff., 30 Ges., und der Unternehmer, der nach § 24 den Verkäufer selbst zu bezeichnen hat und zwischen dem und dem von ihm so Bezeichneten die Entscheidung über die Entschädigung im Verwaltungswege erfolgt, kann in dem nachfolgenden Rechtswege, dessen Unterlage das Verwaltungsverfahren, die Legitimation des Berechtigten mindestens für die Verhandlung und Entscheidung über die Entschädigung nicht mehr bestreiten, um so weniger, als er durch die Zahlung nach §§ 36, 45 des Ges., falls nicht Hinterlegung geboten, gedeckt wird (vgl. weiter unten). Er wird die Zahlung nur weigern können, aber jedenfalls, wo die Hinterlegung nicht sonst schon geboten, hinterlegen müssen, wenn nach den allgem. Grundsätzen in I 16 §§ 213 ff. Hinterlegung statt Zahlung zugelassen. Dies wird z. B. der Fall

zustellendes Kaufgeld, falls keine freiwillige Einigung erfolgt, eigenthümlich abgetreten. Hieraus folgt aber keineswegs, daß der Zwangsverkäufer alle Verpflichtungen eines freiwilligen Verkäufers habe, also hinsichtlich der Errichtung eines formellen Vertrages, der Uebergabe, der Gewähr. Die Natur der Sache steht dem entschieden entgegen, und sie giebt von selbst die nothwendige Begrenzung der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen im I 11 ALR. Der Staat und der, dem es verliehen, ist berechtigt, nach erfolgter Entscheidung über den Fall der Nothwendigkeit, das Privateigenthum zwangsweise den Staatsunterthanen gegen Entschädigung zu entziehen. Diese sind verpflichtet, sich diesem Staats-Nothrecht zu unterwerfen, sie müssen die Expropriation dulden und sich die Entziehung des Eigenthums gefallen lassen. Kein Gesetz aber verpflichtet sie, durch positive Handlungen die Ausübung jenes Staats-Rechtes zu fördern. Der Staat ist auch vollkommen befugt, nach festgestelltem Taxwerth und, sobald dieser sicher gestellt oder gezahlt ist, das Eigenthum zwangsweise zu ergreifen und zu seinen Zwecken zu verwenden. Er wird auch im Stande sein, wenn er dessen bedarf, die Berichtigung des Besitztitels auf Grund der Expropriations-Ordre, der Taxe und der Quittung über den Taxwerth, mit Vorbehalt des Rechts des Eigenthümers nach § 11 I 11 ALR. zu verlangen. Er ist aber ebenso wenig wie ein Käufer sub hasta necessaria berechtigt, den Zwangsverkäufer zum Abschluß eines Vertrags zu zwingen. Das Gesetz ermächtigt ihn zu einem solchen Antrag nicht. Wollte man dies aber auch zugeben, so tritt die Verpflichtung zur Vertrags-Errichtung in keinem Falle vor definitiver Feststellung des Kaufpreises durch Einigung oder richterliche Entscheidung ein. Vorher könnte der Staat nur ein ganz allgemeines und unnützes

---

sein, wenn ein Nichtberechtigter im Verwaltungsverfahren irrthümlich als solcher angenommen oder nachträglich Zweifel darüber entstehn und der Unternehmer in die Gefahr des Regresses gegen den wahren Berechtigten kommen kann, dem er jedenfalls dann regreßpflichtig, wenn er fahrlässig gehandelt hat. RG. 7 S. 223. Anders lag ObTr. 49 S. 182 (StrA. 49 S. 207) zu §§ 378, 380 II 1, wo es sich um die Frage handelte, ob der Ehemann in GG. wirksam im Verwaltungsverfahren auf eine höhere Entschädigung und den Rechtsweg verzichten könne, was verneint ist. Eine ganz andre Frage ist, wie sich, wenn der Eigenthümer vor oder nach der Enteignung veräußert, das Rechtsverhältniß zwischen ihm und seinem Käufer gestaltet. Dieselbe ist nur nach den allgem. Grundsätzen von der Erfüllung und Aufhebung der Verträge durch Unmöglichk. der Erf., und der Gewährl., insbesondre beim Kauf, zu beantworten, nicht aus den Grundsätzen der Enteignung. Dies verkennt das auch sonst unklare Erk. StrA. 97 S. 296, wo A. sein Grundstück an B. am 19. Februar 1874 verkauft und aufgelassen, nachdem bereits am 17. Februar die Enteignung im Sinne § 32 des Ges. ausgesprochen. Die Klage des A. gegen B., an den die festgestellte Entschädigung gezahlt war, ist abgewiesen, weil der Enteignungsbeschluß erst nach dem 19. Februar zugestellt worden, A. am 19. Februar noch Eigenthümer gewesen, die Entschädigung, da der Beschluß erst nachher zugestellt, für B. festgestellt, der Grundsatz, daß Kauf und Auflassung den Anspruch auf die Entsch. nicht übertrage, sondern den Anspruch auf die Entsch. der erwerbe, für den sie festgestellt, so allgemein und nicht richtig, die Cession des Anspruchs nicht erforderlich gewesen. Im Ergebniß richtig, weil A. die dem B. abgeforderte Entsch. wieder hätte herauszahlen müssen, ist die Begründung gewiß verfehlt. Anders lag der unten erwähnte Fall ObTr. 47 S. 169 (StrA. 42 S. 63). Das Objekt wird, wie bereits hervorgehoben, durch die Verwaltungsbehörde bestimmt, § 16 (Gegenstand der Abtretung, insoweit er nach dem Befinden der Behörde zu dem Unternehmen erforderlich), § 21 Nr. 1 des Ges. Der Preis kann durch Einigung der Kontrahenten bestimmt werden, §§ 16, 26; die sonst nach § 11 Ges. Entschädigungsberechtigten sowie Hypotheken- und Grundschuldgläubiger sind nach § 45 an solche Einigung nicht gebunden, während sonst die Wirkungen der Enteign., § 45, gegen sie eintreten. Ist Einigung sowohl über den Gegenstend als den Preis erzielt, ohne daß die Behörde den Gegenstand festgestellt, so liegt der Fall der Enteignung überhaupt nicht vor, sondern freiwilliges Kaufgeschäft mit seinen gewöhnlichen Wirkungen, ohne die Wirkung der Enteignung, namentlich die des § 45 des Ges. RG. 5 S. 246. Eine besondere Gestaltung nahm dieser Fall in RG. 4 S. 279—281 an. Hier hatte A. an B. verkauft, ein Kaufgelderrest war für ihn eingetragen. B. trat dann das Grundstück freiwillig dem Fiskus ab, der es zur Straßenanlage verwendete. Auf die Klage des A. wurde Fiskus als Besitzer zur Zahlung der Hyp. bei Vermeidung der Subh. verurtheilt, die Subh. dann aber nicht eingeleitet, weil das Grundstück

Verfahren herbeiführen, das von selbst aller Bedeutung baar ist, da es an einem bestimmten Kaufpreis mangelt, und ohne dies weder die Rechte des Eigenthümers noch der Gläubiger alterirt werden würden. Die Taxe bildet aber nur einen provisorischen Kaufpreis, der für die Administration von Bedeutung ist, hinsichtlich des Kaufpreises selbst kann dem Eigenthümer das rechtliche Gehör nicht abgeschnitten werden. Vor solcher richterlichen Feststellung ist noch kein Kaufpreis vorhanden, und eine Kontrakts-Errichtung ganz unstatthaft.

Der Expropriirte hat ferner keine Verpflichtung, die Uebergabe wie bei einem freiwilligen Kauf zu leisten. Es wird ihm das Eigenthum zwangsweise genommen, wie dies auch in casu geschehen ist, er haftet auch nicht für die Gewähr des Eigenthums, für Abgaben- und Servitutenfreiheit, er ist nicht verpflichtet, die eingetragenen Hypotheken, geschweiche solche, welche das Kaufgeld übersteigen und für die er persönlich nicht haftet, aus eigenen Mitteln zu tilgen und die Löschungs-Konsense herbeizuschaffen. Der festgestellte wahre Kaufpreis bildet den Fonds, aus welchem die vom Königlichen Fiskus nicht übernommenen Realverbindlichkeiten ihre Befriedigung zu erlangen haben. Inwiefern die Gläubiger ihre volle Befriedigung in Anspruch nehmen können, oder sich die Löschung gefallen lassen müssen, wenn auch der Taxpreis nicht zu ihrer vollen Befriedigung ausreicht, und ob sie in letzterem Falle bei Feststellung der Taxe zugezogen werden müssen, dies ist hier nicht zu erörtern, da das Rechtsverhältniß zwischen dem Staat und den Realberechtigten hier nicht in Frage steht. Nach den vorhandenen Gesetzen und der Natur der Sache ist jedenfalls gewiß, daß das Ver-

---

durch Verwendung zur Straße extra commercium. Als A. nun gegen den Fiskus auf Lösung des Grundstücks aus dem Straßennexus oder Zahlung klagte, wurde auch diese Klage abgewiesen, weil beide Alternativen unzulässig, letztere, da Fiskus nicht persönlich aus der Hyp. verpflichtet, — nur die Klage auf Schadensatz statthaft. Diese würde den Nachweis dessen erfordert haben, was A. in der Subhastation erlöst haben würde.

Andrerseits liegt aber auch Enteignung vor, wenn der Berechtigte sich eigenmächtig oder auf Grund ungültigen Vertrages ohne vorgängiges Verfahren in Besitz gesetzt und die Sache für sein Unternehmen verwendet hat. In solchem Falle ist er aus der Enteignung zur Entschädigung nach §§ 74, 75 Einl. verpflichtet, ohne daß es des sonst erforderlichen Verwaltungsverfahrens behufs Feststellung der Entschädigung bedarf. So ObTr. 45 S. 169, 173 (StrA. 42 S. 63). StrA. 52 S. 20; 55 S. 255; 81 S. 110; ObTr. 52 S. 90; ObTr. 75 S. 154 (StrA. 95 S. 63). In ObTr. 45 S. 169 hatte A. an B. ein Bauergut verschenkt und übergeben, von welchem vorher eine Parzelle ohne Verfahren zum Chausseebau verwendet war. Hier ist die Klage des B. auf Zahlung der Entschädigung durchgedrungen, indem angenommen, daß B. aktiv legitimirt, da das pretium in loc. rei getreten, was mehr Sache thatsächlicher Interpretation, als rechtlicher Folgerung war. In dem Falle ObTr. 52 S. 90 war nach Anstellung der Klage nachträglich das Expropriationsresolut erlassen; dies ist für unerheblich erachtet und der Einwand, daß der Rechtsweg verfrüht, verworfen. Der Fall ObTr. 75 S. 154 (StrA. 95 S. 63) lag ähnlich wie der obige RG. 4 S. 279; das auf Grund ungültigen Vertrages enteignete Ackerstück war zu einem Wege verwendet. Ausgeführt ist, daß dadurch zwar das private Eigenthum, welches auch in einem öffentl. Wege bestehen könne, nicht aufgehoben, aber ausgeschlossen die Rückforderung, während das durch die faktische Enteignung überflüssig gewordene Expropriationsverfahren nicht erforderlich, um den Anspruch auf Entsch. zu begründen. Vgl. diesen Fall bei § 2 II 15.

Ist die Enteignung als nothwendiger Kauf ein Rechtsgeschäft, so muß die Perfektion desselben wie beim Kauf bestimmt werden. Vgl. darüber Erk. b. Durch die bloße Verleihung des Enteignungsrechts wird das Rechtsgeschäft nicht konstituirt, aber mit der Feststellung des Objekts gemäß §§ 16, 21 Nr. 1 des Ges. kann mit Erk. b. das Rechtsgeschäft als perfekt gelten, da nach § 51 h. t. zur Perfektion nicht erforderlich, daß der Preis durch den Dritten bereits festgestellt. Davon geht auch RG. 7 S. 258—261 aus. Die Perfektion würde auch durch das im § 42 des Ges. dem Unternehmer gegebene singuläre Rücktrittsrecht und die Bestimmung im Eingange des § 42 nach allgem. Rechtsgrundsätzen an sich nicht gehindert werden. Vgl. Bd. 2 S. 71 unt. Nr. 195. Bedenklich ist aber die daraus in beiden Urtheilen gezogene Konsequenz, daß für die Ermittlung des Werths derselbe Zeitpunkt bestimmend. Abgesehn von der praktischen Unbrauchbarkeit des Satzes ist zu erwägen, daß der Berechtigte erst,

langen des Klägers, Verklagter solle ihm Gewähr für ein bestimmtes Maß von Abgaben, für Servitutenfreiheit, für eine bestimmte Höhe von Intabulaten leisten, die Löschung der sogar den Taxpreis übersteigenden Intabulate bewirken, ein völlig unberechtigtes ist, da es weit über die nothwendige Konsequenz des Entäußerungs-Rechts hinausgeht und den Staatsunterthanen völlig ungerechte und unbillige Lasten aufbürden würde.

Die §§ 75 ff., 135 ff., 176, 183, 184 I 11 und der § 230 I 5 ALR. passen daher hier gar nicht, der Exproprürte hat nicht wie ein freiwilliger Käufer zu leisten und zu erfüllen. Sie sind daher so wenig verletzt, als auch nicht der Sinn und die Bedeutung der §§ 4—11 I 11 ALR. verkannt. Die §§ 4, 5 des Kontrakts-Entwurfs sind völlig unberechtigt.

Gründe: b. Es kann zugegeben werden, daß erst mit dem Erlaß des Expropriationsresoluts, welches die Enteignung ausspricht und die Entschädigung feststellt, ein Quasivertrag unter den Interessenten entsteht, welcher nach den Vorschriften des ALR. vom Kauf zu beurtheilen ist und den Eigenthumsübergang eventuell durch Besitzanweisung nach Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme vermittelt. — Meyer, R. d. Exprop. S. 183 ff.; Förster, Theorie und Praxis 2 S. 147. Festzuhalten ist indessen, daß der Expropriationsakt an sich in dem Beschlusse der kompetenten Verwaltungsbehörde besteht, und daß die Entschädigungspflicht nur eine gesetzliche Folge der Enteignung ist, deren Feststellung wohl auf den Eigenthumsübergang, nicht aber auf die Abtretungspflicht von Einfluß ist. Dies

---

wenn er von seinem Enteignungsrecht Gebrauch macht, § 42, erklärt, daß er erwerben will, daß danach die Perfektion, d. h. die Willensübereinstimmung über Veräußerung und Erwerb erst mit dieser Erklärung eintritt, daß das Gesetz dem Eigenthümer den vollen Werth der enteigneten Sache zuspricht, woraus jedenfalls dafür nichts folgt, daß der Zeitpunkt des § 21 des Ges. entscheiden soll, vielmehr sogar geschlossen werden kann, daß er den Werth erhalten soll, den die Sache im Augenblick der vollendeten Enteignung, §§ 32, 44 des Ges., hat (Dernburg). Weder Erk. b. noch RG. 7 S. 258 werden darnach aufrecht erhalten werden können. Praktisch brauchbar erscheint nur der Satz, daß der Zeitpunkt des § 24 des Ges. entscheidet. Vgl. übrigens RG. 3 S. 239 unt. Nr. 210a. Das periculum, vgl. Nr. 196 S. 72, — geht nach Preuß. R. erst mit dem Zeitpunkt des § 44 des Ges. auf den Käufer über. Verbesserungen und Verschlechterungen werden nach der Natur des nothwendigen Kaufs, in welchem enthalten, daß die Sache, so wie sie steht und liegt, veräußert und erworben wird, nicht zu berücksichtigen sein. Dabei wird aber sorgsam immer zu prüfen sein, was enteignet ist und ob nicht in dem, was der Käufer erhält, etwas enthalten, was nicht Gegenstand des Enteignungsverfahrens war. Vgl. StrA. 97 S. 11 unt. Nr. 210a.

Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts werden wie bei der Subh. durch die Natur der Sache und des nothw. Kaufs beeinflußt. Dem gezwungenen Verkäufer kann eine Gewährl. für Lasten, Abgaben, Eigenschaften, Mängel nicht auferlegt werden. Daß die §§ 183, 184 I 11 wie bei der Subh. außer Anwendung bleiben müssen, Erk. a. u. ebenso StrA. 48 S. 61, folgt ebenso wie, daß der Verkäufer keine Pflicht zur Uebergabe, Auflassung, Vertragsabschluß hat, jetzt aus §§ 32, 44, 45 des Ges., wonach das pretium, wie bei andern Fällen nothwendiger Veräußerung an die Stelle der Sache tritt, Eigenthum und Besitz ohne Vertragsschluß und Uebergabe oder Auflassung übergehen. ObTr. 24 S. 403, wonach bei Entschädigung durch Grund und Boden, § 271 I 9, § 20 II 15, die Hyp. ohne Weiteres auf das neue Grundstück übergeht, gilt noch jetzt, I 20 §§ 24—256, 16 §§ 2—3. (ObTr. 26 S. 89, 47 S. 203; StrA. 58 S. 163.) Auch ObTr. 26 S. 89, 92; Präj. 2458, daß der Erwerber nicht zur Zahlung von Besitzveränderungsabgaben verpflichtet, folgt auch jetzt aus § 45 des Ges. Vgl. §§ 5, 19, II 15. Auch von Eviktion ist nach §§ 44, 45 des Ges. nicht die Rede. Der wahre Eigenthümer hält sich an den, der die Entschädigung erhalten. Daß bei Verschulden ihm weitergehende Entschädigungsansprüche gegen den Enteigner und den aufgetretenen falschen Entschädigungsberechtigten zustehn könne, folgt aus allgem. Grundsätzen. In StrA. 43 S. 339 ist angenommen, daß bei ausgehobenen Mobilmachungspferden, — V. v. 24. Febr. 1834, Ges. v. 11. Mai 1851 § 14 u. jetzt RGes. v. 13. Juni 1873, 13. Febr. 1875, — dem Staat ein Anspruch wegen Mangels gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften nicht zusteht. Vgl. §§ 442—444 I 11; CPO. § 736 Abs. 2. Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß durch besondre Umstände ein Anspruch auf Aufhebung oder Schadensersatz begründet sein kann.

Verhältniß beider Momente der Expropriation tritt in der Regelung des Enteignungsverfahrens, wie solche durch das Ges. v. 11. Juni 1874, § 15 ff., erfolgt ist, deutlich hervor. Es ist aber auch aus dem Ges. v. 3. Nov. 1838 ersichtlich, wonach die Ausübung des den Eisenbahngesellschaften verliehenen Expropriationsrechts im konkreten Falle der Entscheidung der Regierung untersteht, und die Expropriation gemäß den Vorschriften der §§ 8—11 I 11 ALR., welche sich auf die Feststellung der Entschädigung beziehen, erfolgen soll (§§ 8, 11 des Ges. v. 3. Nov. 1838).

Eine bestimmte Form war bis zum Erlasse des Ges. v. 11. Juni 1874 für das Expropriationsverfahren, insbesondere für die Prüfung und Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Statthaftigkeit der Expropriation nicht vorgeschrieben. Es steht nichts entgegen, die Verstattung zur Expropriation auch in konkludenten Verfügungen derselben, insbesondere in der Einleitung des Abschätzungsverfahrens gemäß § 11 des Ges. v. 3. Nov. 1838, zu finden, weil letzteres die erstere zur Voraussetzung hat. *Als Zeitpunkt der Enteignung ist daher diejenige Zeit anzusehen, zu welcher es nach ausdrücklichen und konkludenten Verfügungen der Verwaltungsbehörde feststeht, daß die Enteignung stattfinden wird, nicht der Tag des später erlassenen förmlichen Enteignungsresoluts. Daß aber die Werthsermittelung nach dem Zeitpunkte der Enteignung stattzufinden hat, ist unter den Parteien an sich nicht streitig, auch rechtlich nicht zweifelhaft.*

Die Pflicht des Käufers beschränkt sich auf die Zahlung der Entschädigung und die aus § 14 des Ges. entspringende Pflicht. Vgl. über letztres Nr. 210b. Nach §§ 32—34, 36, 44 des Ges. ist es jetzt zweifellos, daß wie nach §§ 109, 221 I 11 der Enteigner die Entschädigung vom Tage des Eigenthums- und Besitzüberganges, §§ 34, 32 Abs. 2, 44 des Ges., zu verzinsen, wenn er sie nicht gezahlt oder im *Falle* des § 37 gültig hinterlegt hat. Dasselbe war in StrA. 32 S. 183, 55 S. 255, 81 S. 224, 84 S. 325, 331; OHG. 19 S. 168 schon früher angenommen. Ob zu diesem Zeitpunkt die Entschädigung bereits definitiv feststeht, ist gleichgültig: entscheidend ist die definitiv festgestellte Summe § 36 Abs. 3. Zur Hinterlegung berechtigt den Enteigner nur § 37; sonst muß er zahlen, bei unrechtmäßiger Hinterlegung also auch die Mehrzinsen zahlen. § 226 I 16 ist aber auch hier anwendbar. StrA. 81 S. 224. In RG. 1 S. 349 hatte der Unternehmer die von der Verwaltung festgesetzte Entschädigungssumme bei der Enteignung hinterlegt, der Eigenthümer im Rechtswege eine höhere Entsch. erstritten und unter Vorbehalt der Zinsen angenommen. Hier hat das RG. die Klage auf die Mehrzinsen zugelassen gegen den 2. Richter, der angenommen, daß die Zinsklage nach rechtskräftiger Entscheidung nicht zulässig. Das RG. hat dagegen mit Recht angenommen, daß der Zinsanspruch Anspruch ex lege, Theil der (vollen) Entschädigung, Nachforderung nur unzulässig, wenn Verzicht oder in dem Nichtzuerkennen ein Absprechen zu finden. Vgl. Nr. 217 § 14 Nr. 5 EG. z. CPO.; OHG. 21 S. 320; 9 S. 230.

Alles dies gilt auch, wenn der Berechtigte sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat. Nach § 32 Abs. 2 Ges. enthält die Enteignungserklärung der Besitzeinweisung; sie darf nur nach vorgängiger Zahlung oder gültiger Hinterlegung der vorläufig oder definitiv festgestellten Entschädigung erfolgen, §§ 32, 34, 44. Jede Besitzergreifung vorher ist eigenmächtig und giebt dem Eigenthümer das possessorium. So für das frühere R.: ObTr. 41 S. 353, 358; StrA. 58 S. 102; 77 S. 40; 88 S. 92; 90 S. 197.

Ueber den Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs vgl. § 44 Ges. Ebenso schon früher StrA. 97 S. 296.

Eine singuläre Pflicht des Käufers und ein singuläres R. des Verkäufers ist das in § 57 des Ges. unter Beseitigung des Wiederkaufsrechts (§ 16 EisenbGes. v. 15. Nov. 1838, § 141 Bergges.) statuirte Vorkaufsrecht, welches auch im Ges. v. 2. März 1850 § 4 aufrecht erhalten war. Nach ObTr. 79 S. 45 zu § 141 Bergges. ist das Wiederkaufsrecht nach der in dem Erk. überzeugend dargelegten Intention des Gesetzes allgemein auch für den vor dem Ges. v. 11. Juni 1874 enteigneten Eigenthümer aufgehoben. Ueber das Vorkaufsrecht, welches jetzt ebenfalls unterschiedslos nur nach § 57 Abs. 2 geltend zu machen, vgl. ObTr. 79 S. 166 zu I 20 §§ 568 ff., wo die Frage behandelt und entschieden, wer das Vorkaufsrecht geltend zu machen hat, wenn das ursprüngliche, durch die Enteignung verkleinerte Grundstück demnächst parzellirt.

Die Ausführungen des Revisionsberichts sind nicht zutreffend. Aus den darin aufgestellten Prämissen, daß bis zum Erlaß des Resoluts der Expropriant nur das Recht, aber nicht die Pflicht habe, das Grundstück zu erwerben, weil er bis dahin seinen Antrag zurückziehen könne, und daß auf denselben erst mit der durch den Erlaß des Resoluts geschehenen Besitzanweisung das periculum übergehe, folgt für den Zeitpunkt, nach welchem im Falle der erfolgten Enteignung die Entschädigung zu berechnen ist, nichts.

Die Frage, ob vor Erlaß des Resoluts der Exproprianti, des Alin. 3 Satz 2 § 11 des Ges. v. 3. Nov. 1838 ungeachtet, das Recht zusteht, auf Wiederholung der Taxe, wegen veränderter Umstände anzutragen und die Berücksichtigung ihres Verlangens durch Zurückziehung und Wiederaufnahme des Antrags auf Erlaß des Resoluts zu erzwingen, kann unerörtert bleiben, da aus ihrer Bejahung für den Zeitpunkt der Entschädigungsermittlung im gegenwärtigen Expropriationsverfahren gleichfalls nichts folgen würde.

Endlich sind nothwendige, den Werth des Grundstücks erhöhende Verbesserungen, in der Zwischenzeit zwischen der Abschätzung im Administrationsverfahren und dem Erlaß des Expropriationsresoluts mit Preiserhöhungen der Grundstücke während desselben Zeitraums überhaupt nicht auf eine Linie zu stellen. Grundsätzlich ist mit der Verstattung zur Expropriation die Eigenthumsentziehung vorbehaltlich der Entschädigung für eingetreten anzusehen. Der Expropriat hat daher auf Werthserhöhungen, welche nach diesem Zeitpunkte eintreten, keinen Anspruch.

Derselbe Grundsatz gilt auch für das gerichtliche Abschätzungsverfahren, zumal das letztere nur als eine Korrektur des Administrationsabschätzungsverfahrens anzusehen ist.

Nr. 210a. §§ 3–11. Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 §§ 7 bis 13, 24 ff., 31. Die Enteignung. Die Entschädigung. (Eigenthümer, Miether, Pächter. Realberechtigte.)*)

a. Erk. v. 25. Okt. 1872; StrA. 86 S. 294.
b. Erk. v. 4. Nov. 1872; ObTr. 68 S. 132.
c. Erk. v. 7. Okt. 1878; ObTr. 82 S. 183 (StrA. 100 S. 223).
d. Erk. v. 31. Jan. 1862; ObTr. 47 S. 203.
e. Erk. v. 3. Mai 1872; StrA. 84 S. 325.

Im Falle a. war dem Kläger ein Theil seines Gasthofsgrundstücks für eine Eisenbahn enteignet und auf demselben der Bahndamm so dicht vor dem Gasthof aufgeworfen, dass nach der Behauptung des Klägers durch das Geräusch des Betriebs und die Erschwerung der An- und Abfahrt der Verkehr in dem Gasthof vermindert. Der 2. Richter wies den darauf gegründeten Entschädigungsanspruch ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. war dem Kläger eine in der Havel belegene Insel, auf welcher er ein Eisfabriketablissement nach amerik. System betrieb, für Staatszwecke enteignet. Durch das Resolut der Verwaltungsbehörde war ihm der Werth des Grund und Bodens und der Werth der zu der Anlage gehörigen einzelnen Gebäude, Maschinen, Geräthe zugesprochen, während er den Werth des Etablissements als solchen nach dem Ertrage desselben erstattet verlangte. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen angenommen, dass der Werth des Etablissements nicht nach dem

*) Vgl. die Litteratur unt. Nr. 210. — Die Feststellung des Preises der Entschädigung macht besondre Schwierigkeiten. Die Entschädigung, von der § 7 des Ges. spricht,

Einzelwerth der Gegenstände, sondern nach dem Ertragswerthe zu berechnen. — Im Falle c. war ein Wohnhaus in Berlin für die Stadtbahn enteignet und der Werth nach einer gemäss § 15 II 6 AGO. aufgenommenen Taxe festgesetzt, während der Eigenthümer die zeitigen Miethserträge berücksichtigt wissen wollte. Das ObTr. hat mit beiden Instanzen dies abgelehnt. — Im Falle d. war Kläger Pächter und ein Theil des Pachtlandes expropriirt, für welchen der Verpächter als Eigenthümer Entschädigung erhalten. Der Kläger verlangte die Zinsen des Entschädigungskapitals, wogegen der beklagte Verpächter geltend machte, dass nach der Pachtsumme auf den Morgen nur etwa 15 Sgr. kämen und Kläger daher nur verhältnissmässige Reduktion des Pachtzinses nach §§ 420 ff. I 21 ALR. fordern könne. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen verurtheilt. — Im Falle e. hatte der Kläger bis 1. Juli 1869 in einem Hause einen Konditorladen gemiethet, den er in Folge Enteignung des Hauses für die Stadtgemeinde Berlin am 4. Oktober 1867 räumen musste. Sein Anspruch auf Ersatz des Reingewinns, der ihm durch die vorzeitige Räumung in der Zeit vom 4. Oktober 1867 bis 1. Juli 1869 entgangen, ist in 2. und 3. Instanz durchgedrungen.

Gründe: a. Die beiden Vorderrichter setzen als zweifellos voraus, daß die Klägerin an und für sich Ersatz dafür fordern könne, wenn durch die unmittelbare Nähe der Eisenbahn ihre Gasthofsnahrung auf die Dauer Abbruch leide. Der erste Richter beruft sich dieserhalb ohne nähere Darlegung auf die gesetzlichen Bestimmungen, welche von der Expropriation handeln, der zweite weiset nur die Annahme zurück, als könne die Klägerin Vergütung auch dafür begehren, daß durch den Betrieb der Bahn an und für sich der Fuhrwerksverkehr abgenommen habe, und kommt zur Zurückweisung des Anspruchs um deshalb, weil aus den Anführungen der Klägerin und der Sachverständigen nicht klar erhelle, inwiefern die Verkehrsverminderung im Gasthofe der Klägerin nur durch die besonderen unmittelbaren Einwirkungen der Bahnanlage auf dieses Geschäft hervorgerufen sei. Benachtheiligungen der letztgedachten Art würde also der zweite Richter zu Gunsten der Klägerin in Rechnung bringen lassen.

Von dem Falle der Expropriation abgesehen, also angenommen, daß das expropriirte Landstück von vornherein ein fremdes, der Klägerin benachbartes, gewesen wäre, würde man nun allerdings einen solchen Anspruch nicht anerkennen können. Denn er gründet sich nicht darauf, daß die Eisenbahn durch irgend eine mechanische Einwirkung in das Terrain oder den Luftraum

---

ist Kaufpreis, soweit sie das Aequivalent für das enteignete Objekt ist, eigentlicher Schadensersatz, soweit sie Ersatz für die Nachtheile nicht der Enteignung, sondern nur des Unternehmens giebt. Inwieweit solcher überhaupt zu fordern, darüber vgl. § 14 des Ges. u. Nr. 210b. Solcher Schadensersatz kommt namentlich bei den Berechtigten außer dem Eigenthümer in Frage. Zugebilligt wurde er, wie die Erk. d., e. ergeben, schon nach dem früheren R. auf Grund § 75 Einl. Jetzt bestimmt darüber § 11 des Ges. Der Preis im engeren Sinne war nach § 8 h. t. und ist nach §§ 27, 28, 35 des Ges. wesentlich auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen festzusetzen; vgl. § 40 des Ges. Die frühere Streitfrage, ob auch dem Unternehmer der Rechtsweg dafür zustehe, vgl. § 11 Ges. v. 3. Nov. 1838, ist jetzt durch § 30 des Ges. erledigt. Vgl. StrA. 2 S. 24; 81 S. 224; ObTr. 41 S. 358; 52 S. 96 für das frühere R. Nach §§ 34, 30 des Ges. ist dem Unternehmer der Rechtsweg nicht abzuschneiden, selbst wenn er zur Erlangung des Besitzes u. Eigenth. gezahlt oder hinterlegt hat, wenn nicht Einigung über die Entsch. erzielt ist. Die Zahlung der vorläufig festgestellten Entsch. wird nicht als Zahlung ohne Vorbehalt im Sinne der §§ 165, 166, 178 I 16 aufzufassen sein, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, ObTr. 52 S. 96.

Für die Feststellung des Preises bestimmt § 9 h. t., daß dabei auf den außerordentlichen Werth Rücksicht zu nehmen, ausnahmsweise soll nur der gemeine Werth vergütet werden in § 20 des Deichges. v. 28. Jan. 1848; RGes. v. 7. April 1869 § 31. Vgl. Erk. a. Nr. 44, Bd. 1 S. 157. Die §§ 7, 8 des Ges. geben dem Eigenthümer den vollen Werth des enteigneten Objekts (incl. Zubehör und Früchte). Berücksichtigt man den Abs. 2 § 8, die Vorschrift des § 9, wonach die bisherige Bestimmung des Obj. von Einfluß,

der Klägerin hinübergreift, ObTr. 40 S. 36, ObTr. 23 S. 252*), sondern nur darauf, daß wegen der entstandenen Terrainschwierigkeiten und des eigenthümlichen Lärms des Verkehrs auf der Bahn die Fuhrwerke jetzt das Gasthaus der Klägerin meiden. An und für sich würden also der Verklagten die Gesetze zur Seite stehen, wonach Derjenige, welcher sich nur seines Rechtes bedient, für Nachtheile, welche einem Anderen daraus erwachsen, nicht verantwortlich ist, §§ 93, 94 Einl., § 36 I 6 ALR. Allein das Landstück, auf welchem gegenwärtig der die Klägerin beschwerende Bahnverkehr stattfindet, war vordem ein Theil der klägerischen Besitzung, und ist aus derselben durch zwangsweise Enteignung herausgeschnitten und auf diese Weise jenem Verkehre gewidmet worden. Nur dadurch ist es möglich geworden, daß dieser Verkehr in die unmittelbare Nähe des Gasthofs vorgedrungen ist, und gerade in dieser unmittelbaren Nähe desselben findet die Klägerin den Grund des Herabgangs ihrer Geschäfts-Einnahme.

Es fragt sich also, ob nicht die Klägerin es als Rechnungsfaktor bei der Festsetzung ihrer Entschädigung im Expropriationsverfahren in Ansatz bringen kann, daß in Folge der eingetretenen Enteignung einer Parzelle ihrer Besitzung zur Eisenbahn jener Nachtheil für sie eingetreten ist?

Diese Frage muß bejaht werden. Zwar ist nicht dasjenige Areal enteignet, auf welchem der Gasthof sich befindet, und die Werthsfeststellung betrifft in erster Linie bei Expropriationen immer nur das wirklich dem Eigenthümer entzogene Landstück. Allein es soll doch stets nicht blos der gemeine (Kaufs-) Werth, sondern der außerordentliche Werth zugebilligt werden, und der letztere berechnet sich aus demjenigen Nutzen, welchen das fragliche Landstück nur unter gewissen Bestimmungen und Verhältnissen leisten kann, § 11 Ges. v. 3. Nov. 1838, § 9 I 11, § 114 I 2 ALR. Ein solcher aus besonderen konkreten Verhältnissen sich ergebender Nutzen kann nun nicht allein darin bestehen, daß positive Vortheile (besondere Einnahmen) erzeugt, sondern auch darin, daß Nachtheile, welche sonst eintreten könnten, fern gehalten werden.

Im vorliegenden Falle ist aus einer unstreitig in guter Nahrung stehenden Gasthausbesitzung, welche hauptsächlich vom Fuhrwerksverkehr lebte, eine Parzelle dergestalt herausgeschnitten worden, daß nunmehr ein lebhafter und angeblich dem Verkehr der Fuhrwerke hinderlicher Eisenbahnverkehr sich hart vor der Thür des

---

*) Nr. 147 Bd. 1 S. 736.

---

und den § 10, so geht man nicht fehl, wenn man sagt, daß das Gesetz sich unter dem vollen Werth den Werth denkt, den dieses Objekt in seiner zeitigen Qualifikation für diesen Eigenthümer hat. Darauf beruht auch § 9 des Ges. Eine Modifikation für die Berechnung enthält § 10. Sicher ist demnach zunächst, daß nur in Betracht kommt der Werth für den Eigenthümer, nicht für den Unternehmer. Praktisch zeigte sich der Unterschied in StrA. 36 S. 289, wo ein Landstück für eine Eisenbahn expropriirt war und der Eigenthümer die Entschädigungsberechnung darauf stützte, daß die Bahn mehr als 12000 Schachtruthen Sand aus dem Grundstück entnommen und verwendet, den sie ohne dies für einen bestimmten Preis pro Schachtruthe hätte erwerben müssen, weshalb dieser Preis gefordert wurde. Dies ist damals abgewiesen und würde auch jetzt abzuweisen sein, weil es auf id quod interest für den Eigenthümer ankommt, Abs. 2 § 10 des Ges. direkt entgegenstehn würde, wonach es auf die Qualifikation des Obj. durch dies Unternehmen nicht ankommt. Es ergiebt sich aus § 10 zugleich, daß es nicht auf id quod interest, daß der Eigenthümer das Objekt behält, sondern darauf quod interest, daß er es jetzt hat, ankommt, daß die Entschädigung nicht mit dem vollen Interesse zu identifiziren, daß die vollständige Entschäd., von der § 1 des Ges. spricht, nur mit der aus §§ 8 ff. ersichtlichen Modifikation zu verstehn ist, wie dies nach den Motiven und den Verhandlungen über das Gesetz im Interesse der gemeinnützigen Unternehmen auch beabsichtigt ist. Die Entschädigung kann daher weder identifizirt werden mit dem Kaufpreis, den der Eigenthümer bei freiwilligem Verkauf erzielt haben würde, noch mit dem gesammten Interesse daran, daß nicht enteignet, wie RG. 3 S. 239 und andre anzunehmen scheinen. Erstres würde

Gasthofs bewegt, und daß außerdem die Anfahrt erschwert ist. Es gehört also allerdings zum außerordentlichen Werthe der Parzelle, daß sie ein Theil einer Gastwirthschaft der oben bezeichneten Art war, und daß sie unter diesen besonderen Verhältnissen den besonderen Nutzen gewährte, einestheils die Bewegung der einkehrenden Fuhrwerke zu erleichtern, anderntheils die Nachtheile fern zu halten, welche dem Geschäft durch die Einrichtung störender Betriebsstätten in der unmittelbarsten Nachbarschaft entstehen konnten und nun angeblich wirklich entstanden sind. Bei der zu gewährenden Entschädigung muß also allerdings diese besondere nutzbare Eigenschaft der Parzelle in Rechnung gebracht werden. So lange die Parzelle in der Hand des Gasthofsbesitzers war, hatte dieser es in der Hand, den Lärm und die sonstige Beeinträchtigung der Eisenbahn von seinem Gasthofe fern zu halten und dadurch denjenigen Nachtheilen vorzubeugen, über welche gegenwärtig geklagt wird. Wäre die ganze Besitzung enteignet worden, so könnte es nicht zweifelhaft sein, daß deren Werth unter dem Gesichtspunkte einer in gutem Betrieb stehenden Gastwirthschaft zu ermitteln gewesen wäre. Hätte die parzellenweise Enteignung den Raum geschmälert, welcher für das Geschäft in seinem bisherigen Umfange erforderlich war, so hätte unzweifelhaft eine entsprechende Summe für die eintretende Schmälerung der Gasthofsnahrung in Ansatz kommen müssen. In gleicher Art kann an sich ein Anspruch dafür erhoben werden, daß durch die Enteignung gerade des vor der Thür des Gasthofs belegenen Areals zur Bahn der Fuhrwerksverkehr beeinträchtigt wird, aus welchem die Besitzung vorwiegend ihre Nahrung bezieht.

Man kann nicht einwenden, daß jener Nachtheil nicht durch die Enteignung, sondern erst hinterher dadurch eingetreten sei, daß auf der enteigneten Parzelle eine Eisenbahn gebaut und in Betrieb gesetzt ist. Denn die Enteignung erfolgte von vornherein zur Eisenbahn, also mit dem Ziele der vorbezeichneten Ausnutzung der Parzelle, und auch nur zu diesem Behufe hatte hatte die Verklagte die Expropriationsbefugniß erlangt, Ges. v. 3. Nov. 1838. Es stand also von vornherein fest, daß die beliebte Zerstückelung der klägerischen Besitzung den gerügten nachtheiligen Einfluß auf dieselbe haben müßte, und dies war um so sicherer, als es sich um eine Parzelle in unmittelbarer Nähe einer Stadt, und, wie die Verklagte selbst anführt, in der nächsten Nähe des Gasthofes handelt. Auf der anderen Seite war es der Klägerin durch den Besitz eines räumlich ausgedehnten Grundstückes möglich gemacht, jene und alle Arten ähnlicher Störungen ihres Geschäfts von ihrer Schwelle

---

zu eng, Letztres zu weit sein, namentlich dahin führen, bei Festsetzung der Entschädigung auch Umstände in Betracht zu ziehn, die nicht bestehn und das Objekt noch nicht qualifiziren, sondern in Zukunft qualifiziren werden. Der sehr unklare und bestrittene § 31 (vgl. Loebell S. 150 ff.) kann nur besagen wollen, daß diejenigen Nachtheile, für welche nach §§ 8 ff. des Ges. überhaupt zu entschädigen, d. h. für die nachtheiligen Einflüsse auf Werth und Benutzbarkeit, auch dann zu entschädigen, wenn sie als Folge der Enteignung und Anlage sich erst später zeigen. Daß auch der Einfluß der Anlage, nicht blos der Enteignung zu berücksichtigen, ist in dem Erk. a. für das frühere R. aus dem Gesichtspunkte des außerordentl. Werths motivirt. Einen ähnlichen Fall behandelt aus anderem Gesichtspunkt aber mit gleichem Resultat StrA. 98 S. 329, wo eine Eisenbahngesellschaft zum Zweck der Unterführung einer Chaussee dieselbe mit staatlicher Genehmigung tiefer gelegt, dem adjazirenden Gasthofsbesitzer einen Streifen Land dazu enteignet und dem Gasthof durch die Tieferlegung die Möglichkeit des An- und Vorfahrens von der Chaussee aus entzogen hatte. Auch vom RG. (2 S. 234; 5 S. 248; 7 S. 258, 262; Loebell a. a. O.) ist konstant auch für das bestehende R. dasselbe angenommen. So erscheint der volle Werth wesentlich identisch mit dem außerordentl. Werth des ALR. Ueber den Begriff desselben vgl. StrA. 86 S. 75 u. ObTr. 66 S. 27; Erk. b., c. Nr. 44, Bd. 1 S. 157. Schon nach ALR. wurden bei theilw. Expropriation als außerordentl. Werth die s. g. Durchschneidungs- und Deformationsnachtheile entschädigt: d. h. für Erschwerung der Kultur des Restgrundstücks in Folge Durchschneidung durch Eisenbahn, StrA. 14 S. 106; 32 S. 181 (Umwege, Erschwerung der Beaufsichtigung, Haltung eines besondren Hirten, Aufwand größerer Pferdekraft in Folge Anlage einer steilen

fern zu halten, so lange ihr Grundbesitz ungetheilt in ihren Händen blieb. Erst durch die zwangsweise ihr auferlegte Parzellirung ist sie jenes Schutzmittels beraubt, also in die Lage gebracht worden, der Störung ausgesetzt zu sein.

In ähnlicher Weise verhält es sich mit der gerügten Wirthschaftserschwerniß. Dieser, soviel bekannt, in der Praxis der exproprriirenden Behörden und der Gerichte allseitig als zulässig anerkannte Rechnungsfaktor beruht auf demselben Rechtsgrunde. Es gehört zum außerordentlichen Werthe eines aus einem größeren Komplexe herausgeschnittenen und demnächst zu Eisenbahn-Betriebszwecken verwendeten Landstückes, daß es bisher eine leichtere Bewirthschaftung des Ganzen, zu welchem es gehörte, ermöglichte, und daß demnächst durch das auf dem enteigneten Lande entstehende Hinderniß der ganze Komplex in dieser Beziehung leidet. Nicht blos der positive (Kaufs-) Werth muß gewährt werden, sondern auch der bezeichnete negative Werth, welchen die Parzelle im Verhältnisse zu dem früheren Ganzen hatte.

Wenn die Revision sich für ihre gegentheilige Ansicht auf das Erk. des V. Senats v. 16. April 1872 in Sachen Philipps wider Rhein. Eisenbahngesellschaft beruft, so ist zu bemerken, daß, abgesehen davon, daß jenes Urtheil auf dem Grunde des Gem. R. ergangen ist, dasselbe gar nicht die hier vorliegende, sondern die wesentlich verschiedene Frage entscheidet, ob die Eisenbahnen für diejenige Werthsverminderung aufzukommen haben, welche den anliegenden Grundstücken aus der allgemeinen polizeilichen Verfügung v. 4. Dez. 1847 erwächst.

Gründe: b. Nach ALR. I 11 §§ 8, 9 muß in allen Fällen eines durch die Gesetze begründeten nothwendigen Verkaufes, wenn über den Preis kein Einverständniß stattfindet, derselbe nach dem Ermessen vereideter Taxatoren bestimmt werden, wobei nicht blos auf den gemeinen, sondern auch auf den außerordentlichen Werth Rücksicht zu nehmen ist. Die Grundsätze, wonach der Werth einer Sache ermittelt wird, sind in I 2 §§ 111 flg. dahin normirt, daß der Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann, ihr gemeiner Werth ist, der außerordentliche Werth aber aus der Berechnung des Nutzens erwächst, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann, außerdem werden Annehmlichkeiten oder Bequemlichkeiten, welche einem jeden Besitzer schätzbar sind und deswegen gewöhnlich in Anschlag kommen, dem gemeinen Werthe beigerechnet. Es ist also, abgesehen von den zuletzt gedachten Annehmlichkeiten oder Bequemlichkeiten,

---

Ueberführung, Verwendung von Grund und Boden zur Anlage eines erforderlich gewordenen neuen Weges) in StrA. 35 S. 284, wenn der Eigenthümer gezwungen, das Restareal durch Wege, Schlagbäume, Einfriedigung zu sichern. Nach § 8 Abs. 2 des Ges. ist alles dies jetzt unbedenklich. Von Bedeutung bleibt auch jetzt noch Erk. b. Nr. 44. Mit demselben stimmten überein StrA. 80 S. 25; 81 S. 94. In erstrem war von den Sachverständigen erwogen, daß durch den Bahnbau das enteignete Areal Bauterrain werden würde, in letztrem in Betracht gezogen, daß die enteignete Wiese nach dem Bebauungsplan an einer projektirten Straße gelegen und die Wiese deshalb als Bauterrain angesprochen, und unter der Fiktion, daß ein bestimmtes Gebäude von gewissem Umfange mit bestimmtem Miethsertrage darauf erbaut, der Werth kalkulirt. In beiden Fällen, wie in dem Erk. b. Nr. 44 ist vom ObTr. deduzirt, daß für die Berechnung des außerordentl. Werths nicht ein zukünftiger, als möglich gedachter, in unbestimmter Aussicht stehender Zustand, Spekulationen und Kombinationen auf eine vortheilhaftere Benutzungsart, maßgebend, sondern die gegenwärtige Qualität, welche aber wiederum, wie das Erk. b. oben betont, nicht abhängig ist von der gegenwärtigen Nutzungsart, die möglicherweise den Werth nicht repräsentirt, weil sie zufällig geringeren Nutzen giebt, als die Sache geben kann. Solche Qualifikation des Objekts lag dagegen vor im Erk. b. Nr. 44 und im Erk. b. oben. An dem Unterschiede hält auch RG. 7 S. 258; 8 S. 215 fest. In letztrem war die Bauterrainqualität lediglich daraus hergeleitet, daß das enteignete Ackerstück außerhalb der Stadt, aber in der Nähe der Schule und Kirche lag. Ausgeführt ist, daß nicht die Nutzungsart, sondern die Nutzungsfähigkeit entscheidend, die Nutzungsfähigkeit als Baustelle aber voraussetze, daß die Be-

welche im vorliegenden Falle nicht in Betracht kommen, überall der dem Besitzer aus der Sache gedeihende Nutzen, wonach der Werth zu bestimmen ist. Der Reinertrag, welchen eine nutzbringende Sache in ihrem gegenwärtigen Zustande und bei ihrer gegenwärtigen Bestimmung dem Besitzer gewährt, ist deshalb eine gerechtfertigte Grundlage der Werthsberechnung, und es ist der gegenwärtige Reinertrag nur dann nicht maßgebend, wenn bei der gegenwärtigen Benutzungsweise die Sache zu einem geringeren Kapitalbetrage rentirt, als der gemeine Kaufswerth der Sache, wie z. B. bei provisorisch anderweitig nutzbar gemachten Bauplätzen in Städten, wo dann der nach vernünftigem Ermessen zu erzielende Kaufpreis den den Ertragswerth übersteigenden Nutzen darstellt, den die Sache dem Besitzer gewähren kann. Ein solcher den Ertragswerth übersteigender Nutzen ist im vorliegenden Falle nicht gefordert, der Kläger verlangt nur den ihm unter allen Umständen gebührenden Ertragswerth, und es ist hinsichtlich der Findung desselben nur eine Anwendung der materiellen Vorschriften des ALR., wenn in der instruktionellen Bestimmung der AGO. gesagt wird, daß bei Grundstücken, deren gemeiner Werth in dem Nutzen besteht, den sie ihrem Besitzer gewähren, z. B. bei Mühlen, nutzbaren Obst-, Küchen- und Gemüsegärten, der reine Ertrag ausgemittelt und danach der Anschlag bestimmt werden muß. Es versteht sich von selbst, daß nur der reine Ertrag der enteigneten Sache in Betracht kommt, nicht der Ertrag eines mit der Sache nur zufällig und rein äußerlich verbundenen gewerblichen Unternehmens, z. B. bei einem städtischen Wohnhause, in welchem von dem Eigenthümer ein kaufmännisches Geschäft betrieben wird, nicht der Ertrag dieses Geschäftes, sondern der Ertrag des Wohnhauses, bei welchem die für ein solches Geschäft zu entrichtende Miethe in Ansatz kommt. Wenn der erste Richter, dessen Begründung der App.-Richter billigt, auf einen solchen Fall hinweist, so trifft das die vorliegende Sache nicht. Dem Kläger ist mit der Insel Reiswerder ein auf derselben errichtetes, ausschließlich für die Gewinnung, Aufspeicherung und Veräußerung von Eis bestimmtes und hierzu eingerichtetes und ausgestattetes Etablissement enteignet, das als solches dem Besitzer einen bestimmten Nutzen gewährt. Nach der Meinung des ersten Richters hätte die expropriirende Behörde nur das Immobile expropriiren und dem Kläger überlassen sollen, die zum Betriebe des Eisgeschäftes dienenden beweglichen Gegenstände wegzunehmen, durch das Verfahren der Behörde sei die Sache in eine schiefe Lage gekommen. Das ist aber unrichtig. Mit den unbeweglichen Bestandtheilen des Etablissements wurde dasselbe

---

bauungsfähigkeit nicht allgemein vorhanden, sondern die Verwerthbarkeit als Baustelle in naher und bestimmter Aussicht, so daß das Terrain verkehrsmäßig als Bauterrain schon jetzt gilt. Ebenso RG. 7 S. 258, wo zugleich darauf hingewiesen, daß nicht bestimmend, ob die Bebauung schon polizeilich genehmigt, genügend, wenn die Straße thatsächlich regulirt und die Sache so liegt, daß das Areal als Bauterrain angesehen wird. Auch in diesem Falle ist darauf hingewiesen, daß zwar nicht ausgeschlossen, den Werth unter Zugrundelegung eines bestimmten Bauplans, Gebäudes, der Baukosten und des Miethsertrages zu kalkuliren, dieses aber nur statthaft, wenn es konkret begründet. Vgl. übrigens StrA. 98 S. 238 übereinstimmend mit dem unt. Nr. 148 Bd. 1 S. 749 mitgetheilten Erk. RG. 8 S. 238.

Auf demselben Gebiete bewegt sich für das frühere R. das Erk. c. Nr. 44 und die Erk. StrA. 46 S. 97; 85 S. 55; 46 S. 160 und jetzt RG. 7 S. 248; 8 S. 215. In allen diesen Fällen handelte es sich um in dem enteigneten Areal befindliche an sich verwerthbare Bodenbestandtheile, Lehm, Kalk, Kohle. Solche Bestandtheile können die Qualifikation des Grundstücks begründen, dazu genügt aber nicht, daß sie unter nicht vorhandenen Umständen verwendbar sein würden, sondern es ist erforderlich, daß sie konkret und zur Zeit so verwendbar, daß sie den Werth des Areals bestimmen oder mitbestimmen. So StrA. 46 S. 160, wo der Werth des vorhandenen Kalks verlangt wurde, der unter der Voraussetzung, daß Kalkbrennereien vorhanden, verwerthbar gewesen sein würde, während solche Brennereien nicht vorhanden waren, StrA. 85 S. 55, wo der Werth des vorhandenen Quantums Lehm nach dem Preise pro Schachtruthe verlangt wurde, obwohl nicht feststand, ob und welche Aussicht zu seiner Verwendung für Ziegeleien vorhanden, ob Nachfrage danach bestand, ob andrer Lehm

als solches, als eine bestimmte nutzbringende immobile Anlage, dem Kläger enteignet, und er würde, selbst wenn er die beweglichen Pertinentien behalten hätte, dadurch nicht gehindert worden sein, den Ertragswerth des Etablissements nach Abzug dessen, was diese Pertinentien in ihrer Vereinzelung noch werth geblieben, zu verlangen. Die Regierung hat überdies ausdrücklich die ganze gewerbliche Anlage zur Eisgewinnung, mit Einschluß der Maschinen und Geräthschaften, als eines integrirenden Theiles der Anlage expropriirt; es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß ein einheitliches, nutzbringendes Immobile mit seinem beweglichen Zubehör enteignet ist, dessen Gesammtwerth nach dem Reinertrage, den es als solches abwirft, zu bemessen ist. Das Argument der Vorderrichter, daß dem Kläger nicht das Recht entzogen sei, eine solche Anlage anderwärts zu errichten und zu betreiben, trifft die Sache nicht, da der Kläger eine Entschädigung dafür, daß ihm ein solches Recht entzogen, gar nicht verlangt, sondern den ihm gesetzlich gebührenden Ertragswerth der ihm enteigneten individuellen Anlage, einen Werth, der davon durchaus unabhängig ist, wie der Kläger die ihm gebührende Entschädigung verwendet, ob zur Anlegung eines anderen ähnlichen Eisgeschäftes oder sonst wie. Allerdings ist in Betracht zu ziehen, daß durch das Eingehen des Etablissements der dem Betriebe desselben gewidmet gewesene Theil seiner Arbeitskraft und der Arbeitskraft seines Geschäftspersonals, sowie das betreffende Betriebskapital frei und anderweitig verwendbar geworden sind, hieraus folgt aber nur, daß bei der Ermittelung des Reinertrages der Werth jener Arbeitskraft und die Zinsen des Betriebskapitales unter den Geschäftsunkosten in Ansatz zu bringen sind, der Reinertrag sich also um so viel niedriger herausstellt.

Hiernach entspricht es dem bestehenden materiellen Rechte nicht, wenn der App.-Richter das Etablissement in seine Bestandtheile aufgelöst und den Werth eines jeden Bestandtheiles für sich festgesetzt hat. Die Unrichtigkeit dieses Taxprinzipes kann auch dadurch nicht geheilt werden, daß den Taxatoren aufgegeben ist, bei der Abschätzung der einzelnen Sachen den Werth mit Rücksicht auf das vom Kläger auf dem Reiswerder betriebene Eisgeschäft zu schätzen; denn mag der App.-Richter hiermit gemeint haben, was er will, so viel steht fest, daß er die allein richtige Rücksicht auf jenen Geschäftsbetrieb, nämlich die Ermittelung des reinen Ertrages, nicht gemeint, vielmehr ausdrücklich abgelehnt hat.

---

in der Gegend, ob der ganze Lehm verwendbar und welche Zeit zu seiner Ausbeutung erforderlich. In StrA. 46 S. 79 ist namentlich auf letztres, die Berücksichtigung der Ausbeutungsperiode, hingewiesen. Vgl. diesen Fall bei II 16 zu § 154 Bergges. Auch in RG. 8 S. 215 ist auf diesen Gesichtspunkt verwiesen. Einem Ziegeleibesitzer war ein Theil seines Grundstücks mit Lehmlager enteignet. Dasselbe war in 15 Jahren auszubeuten. Daß der bloße Werth des vorhandenen Lehmsquantums nicht entscheiden konnte, war danach klar, zumal in dem verbliebenen Rest noch ausreichender Lehm vorhanden, um die Ziegelei noch 49 Jahre zu betreiben. Hier waren diese Umstände und nach § 10 des Ges. auch zu erwägen, ob noch andrer Lehm in der Gegend vorhanden und ob, wie und zu welchem Preise er zu beschaffen. (Dies würde der Unternehmer zu beweisen haben, RG. 5 S. 248.) Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände war der Werth des ganzen Ziegeleigrundstücks und die Werthsverminderung durch die Enteignung des Theils zu schätzen.

Mit der oben angedeuteten Frage, inwiefern die nachtheiligen Folgen der Anlage, des Unternehmens bei Schätzung des Werths in Betracht zu ziehen, Erk. a., beschäftigen sich namentlich RG. 2 S. 234; 5 S. 248; 7 S. 258, 262, 265. Letztres betont den Satz, daß der Nachtheil aus der Enteignung eines Theils für den Rest zum Zweck dieses bestimmten Unternehmens bei Bestimmung des Werths des enteigneten Theils mit zu veranschlagen, insofern diese Nachtheile ohne die Enteignung nicht oder nicht in gleichem Umfange eingetreten wären. In RG. 2 S. 234 wird dabei von dem Satze ausgegangen, daß der Eigenthümer für alle Nachtheile zu entschädigen, welche ohne die Enteignung nicht eingetreten wären, daß diese Nachtheile also mit der Enteignung in ursachlichem Zusammenhange stehn müssen, Nachtheile, die auch ohne die Enteignung durch das Unternehmen, die Benutzung der Anlage ein-

Gründe: c. Nach § 8 des Ges. v. 11. Juni 1874 besteht die Entschädigung für die Abtretung des Grundeigenthums in dem vollen Werthe des abzutretenden Grundstücks einschließlich der enteigneten Zubehörungen und Früchte. Nach § 40 a. a. O. haben Verwaltungsbehörden und Gerichte bei Feststellung desselben die Beweisfrage unter Berücksichtigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen. Bezüglich des Beweismaterials ist, soweit solches in dem Gutachten von Sachverständigen zu bestehen hat (§§ 27, 28, 35), nur verordnet, daß dasselbe mit Gründen unterstützt sein muß. Demnach ist die Festsetzung der Entschädigung wesentlich das Resultat der thatsächlichen Würdigung der konkreten Verhältnisse, welche bezüglich des Grundstücks bestehen. Der Vorwurf der Rechtsirrthümlichkeit der Entscheidung kann auf das Abschätzungsverfahren daher nur insofern geprüft werden, als dasselbe auf Ermittelung des in den §§ 8 ff. a. a. O. bestimmten Werths überhaupt nicht gerichtet war, oder für diese Ermittelung und folgeweise als Grundlage einer dieser gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Entscheidung ungeeignet erscheint. Letztern Vorwurf erhebt die Nicht.Beschw. unter Rüge der Verletzung der §§ 8—10 des Ges. v. 11. Juni 1874, der §§ 111, 112 I 2 ALR. und der §§ 5, 15 II 6 AGO. in Verbindung mit dem Reskr. v. 17. August 1841 (JMBl. S. 257) mit Unrecht.

Kläger hatte die Entschädigung nur nach den gegenwärtigen Miethsverträgen bemessen wissen wollen. Die Sachverständigen haben aber den Schätzungswerth dadurch gefunden, daß sie den Grund- und Bodenwerth nebst dem Materialwerth der Gebäude mit dem durchschnittlichen Miethsertrage, nach Abzug der Unterhaltungskosten und Abgaben, zusammengerechnet und die Hälfte der Summe als den Werth der zu enteignenden Fläche nebst Gebäuden hingestellt haben; und das Verwaltungsgericht hat diese Art der Werthberechnung den in dem JMReskr. v. 17. August 1841 dargelegten Grundsätzen für entsprechend erachtet und die Entschädigung auf Grund derselben festgestellt. Der App.-Richter erachtet die Bestimmungen des § 15 II 6 AGO., nach welchen die Abschätzung erfolgt, nicht für beseitigt, und die vom Kläger in Anspruch genommene Abschätzungsmethode am allerwenigsten geeignet, an ihre Stelle gesetzt zu werden.

Er führt dann weiter aus, daß die Werthsabschätzung auf Grund des Miethsertrages allein dahin führen würde, dem Expropriaten eine feste Rente zu sichern, während der Miethsertrag ein schwankender, durch mancherlei Umstände bedingter,

---

getreten sein würden, unberücksichtigt bleiben müssen, soweit Entschädigungspflicht dafür nicht, sonst gesetzlich, z. B. aus dem Nachbarrecht, begründet. Auch in RG. 5 S. 248 findet sich der Satz, daß dem Eigenthümer durch die Entschädigung der Ersatz aller Vermögensnachtheile, die ihm aus der Enteignung erwachsen, einschließlich des entgangenen Gewinns, die Vergütung des gesammten, objektiv bestimmbaren Interesses gewährt werden solle, ein Satz, der bedenklich weit geht, indem er an die Stelle des Werths der Sache das Interesse des Eigenthümers setzt und die Enteignung einer schädigenden Handlung gleichstellt, was vom Gesetz jedenfalls nicht beabsichtigt ist. Praktisch führten die Sätze in den Erk. dahin: In RG. 2 S. 234 war ein Theil eines Ackerstücks für eine Eisenbahn enteignet. Das Ackerstück war zum Theil Bauterrain. Entschädigung wurde dafür gefordert, daß ein Theil die Bauterraineigenschaft dadurch verloren, daß er in den Feuerrayon der Bahn gekommen und deshalb nicht bebaut werden durfte, — außerdem dafür, daß ein öffentlicher Weg in andrer Richtung unterführt. Letztres ist mit Recht abgelehnt, weil daraus keine Qualifikation des enteigneten Theils für den Rest zu entnehmen war. Bedenklich erscheint dagegen, daß auch Entschädigung für die Beschränkung der Baufreiheit abgelehnt ist, weil dieser Nachtheil auch entstanden wäre, wenn der enteignete Theil nicht Eigenthum, sondern Nachbarland. Vgl. Erk. a. In dem unt. Nr. 148 Bd. 1 S. 750 mitgetheilten Erk. RG. 7 S. 265 ist auch Entschädigung für solchen Nachtheil selbst dem Nachbar, der an der Enteignung nicht betheiligt, zugesprochen. In dem Falle RG. 5 S. 248, wo es sich um Enteign. einer Parzelle eines Ziegeleigrundstücks handelt, wurde bei der Feststellung der Entsch. für die Parzelle Berücksichtigung dafür verlangt und daß durch den Eisenbahnbau die Möglichkeit, sich pachtweise Ziegelerde von andren Grundstücken zu verschaffen, dadurch abgeschnitten, daß kein Verbindungsweg vorhanden, wodurch zugleich die mit Rücksicht auf jene Möglichkeit größer angelegten Gebäude entwerthet, — ferner dafür, daß ein lästiger Weg an der Grenze des Restgrundstücks angelegt, und dafür, daß durch die Bahn die

vor allem aber von der mehr oder minderen Verschlechterung abhängig sei, welche jedes Quartier zumal in Arbeiterwohnungen durch den Miethsgebrauch im Laufe der Zeit naturgemäß erleide. Die Nicht.Beschw. rügt Rechtsirrthümlichkeit der Werthsfeststellung auf Grundlage der Abschätzung gemäß § 15 a. a. O., weil für den vollen Werth im Sinne des § 8 a. a. O. insbesondere der Ertragswerth maßgebend sei.

Dieselbe entnimmt den Landtagsverhandlungen (vgl. Dalcke, Enteignungsgesetz S. 51 ff.), daß durch den vollen Werth dem Expropriaten keinenfalls weniger zu Theil werden sollte, als durch den außerordentlichen Werth, den er nach der früheren Gesetzgebung zu beanspruchen hatte; und führt dann aus: Bei der Bestimmung dieses Werths werde also namentlich der Nutzen entscheidend sein, welchen der Expropriat zur Zeit der Enteignung durch das Grundstück gewährt erhalten (ObTr. 68 S. 136 ff.), bei einem städtischen Wohnhause also, welches der Eigenthümer durch Vermiethung nutze, der Betrag der dadurch gezogenen Nutzungen unter Abzug der Kosten, welche die Unterhaltung des Gebäudes erfordern, sowie der darauf haftenden Lasten und Abgaben. Diese Ausführung beruht auf einer Verwechselung der Nutzungen mit dem Nutzen. Nicht die Nutzungen bei einem städtischen Grundstücke, also die Miethen (§ 110 I 2 ALR.), sondern der Nutzen, das heißt die Brauchbarkeit und Austauschfähigkeit desselben überhaupt, giebt den objektiven Werthmesser der Sache, — §§ 111, 112, 114 das. (Koch, Komm. No. 88, 89 zu §§ 109, 113 daselbst, und Förster, Theorie 1 S. 108).

Auf diese Nutzbarkeit derselben sind aber noch andere Faktoren als die jeweilige Nutzungsart von Einfluß, insbesondere der Werth des Grund und Bodens, der Werth des Materials 2c. Die Instruktionsvorschriften des § 15 II 6 AGO., wonach Häuser in den Städten nicht nach dem bloßen Ertrage gewürdigt, der Miethsertrag vielmehr nur nach einem mehrjährigen Durchschnitt berücksichtigt werden soll, befinden sich mithin mit den Vorschriften der §§ 109 ff. I 2 ALR. im Einklange. Sie sind in der bisherigen Judikatur stets anerkannt, insbesondere hat auch gegen ihre Anwendbarkeit im Expropriationsverfahren niemals ein Bedenken bestanden. Ein solches kann auch aus § 1 II 6 AGO. über den hauptsächlichen Zweck der Taxeaufnahmen nicht erhoben werden, da daraus nicht folgt, daß die Taxationsvorschriften und das auf demselben beruhende Reskr. v. 17. August 1841 nur für diese Fälle gegeben sind,

---

Ziegelei von den benachbarten Ortschaften getrennt, die nun ihren Bedarf von anderen Ziegeleien entnehmen würden. Die Berücksichtigung aller dieser Umstände ist abgelehnt, mit Recht, weil sie offenbar den Werth des enteigneten Theils an sich und für den Rest nicht mitbestimmen konnten, der Besitz des enteigneten Theils den Eigenthümer nicht gegen solche Nachtheile schützte. Das RG. legt in seiner Begründung Gewicht darauf, daß die Nachtheile in keinem Kausalzusammenhang mit der Enteignung, nur mit dem Unternehmen standen, daß sie auch ohne Enteignung eingetreten wären, daß § 31 nur auf die Nachtheile durch den Enteignungsakt zu beziehen, weitergehende Ansprüche aus dem Nachbarrecht oder anderen gesetzlichen Bestimmungen zu begründen.

In demselben Erk. ist der unbedenkliche Satz ausgesprochen, daß die Thatumstände, durch welche der Werth der Sache für diesen Eigenthümer bestimmt, durch den Eigenthümer zu behaupten und zu erweisen. (JMBl. 1880 S. 161; 1881 S. 27.)

Zu erwähnen sind hier noch StrA. 97 S. 11 u. RG. 3 S. 239, welche die unt. Nr. 210 bereits berührte Frage betreffen, auf welchen Zeitpunkt es für die Festsetzung der Entschädigung ankommt. In ersterem Falle war ein bestelltes Ackerstück enteignet und am 1. April 1871 übergeben. Der Eigenthümer forderte nachträglich Ersatz des Werths der Ernte, welche er in 1871 gezogen haben würde. Der Anspruch ist in 2. und 3. Instanz abgewiesen, mit Recht, weil diese Ernte Eigenthum des Unternehmers und dem früheren Eigenthümer nicht enteignet war, die Zinsen des richtig festgestellten Entschädigungskapitals dem Eigenthümer Ersatz für den Ertrag gewähren, welche die Sache selbst gewährt haben würde, mit dem Ersatz der Ernte also doppelter Ersatz gewährt sein würde. Das ObTr. deduzirt, daß der Begr. des außerordentlichen Werths die Berücksichtigung entgangenen Gewinns nicht ausschließe, daß aber immer nur der Werth der Sache zur Zeit der Enteignung, der Eigenthumsübertragung, entscheide, wozu der Werth einer späteren Ernte nicht gehöre. Dies

Das Erk. ObTr. 68 S. 132 betrifft ein landwirthschaftlich genutztes, zugleich mit einem gewerblichen Etablissement bebautes Grundstück und besagt nur, daß bei einem städtischen Wohnhause, in welchem von dem Eigenthümer ein kaufmännisches Geschäft betrieben werde, nicht der Ertrag dieses Geschäfts, sondern der Ertrag des Wohnhauses, und bei diesem die für ein solches Geschäft zu entrichtende Miethe in Ansatz komme. Das Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 enthält besondere Abschätzungsgrundsätze überhaupt nicht. Der § 8 bezweckt nach der eigenen Ausführung des Imploranten nur die Feststellung der Entschädigung in dem bisherigen Umfange, welche auf dem Nutzen beruhte. Die übrigen Taxationsvorschriften sind daher als auch jetzt noch anwendbar anzuerkennen. Implorant beruft sich zwar auf den § 10 a. a. O., wonach die bisherige Benutzungsart bei der Abschätzung bis zu demjenigen Geldbetrage Berücksichtigung finden kann, welcher erforderlich ist, damit der Eigenthümer ein anderes Grundstück in derselben Weise mit gleichem Betrage benutzen kann. Die Motive (Dalcke, a. a. O. S. 64) ergeben aber, daß die Benutzungsart kein Faktor für die Abschätzung selbst ist, sondern nur als ein Beweismittel dafür dienen kann, welchen Werth das Grundstück in seiner konkreten Lage hat, der dann als ein zusätzliches Kapital der Werthschätzung lediglich nach dem Werthe des Grundstücks hinzuzusetzen ist. Die Voraussetzung ist demnach eine besondere Benutzungsart, welche hier nicht vorliegt.

Gründe: d. Der Kläger ist als Pächter der zur Pfarrei V. gehörigen Ländereien an der vertragsmäßigen Benutzung von 6 Morgen 46 □Ruthen seit dem 30. Juli 1857 dadurch behindert worden, daß dieselben im Wege der Expropriation von der B.-St.-Eisenb.-Gesellschaft zum Bau der Eisenbahn eingezogen worden sind. Die Verpflichtung des Verklagten, als Verpächters, dem Kläger deshalb Schadloshaltung zu gewähren, wird, bei dem Mangel entgegenstehender Bestimmungen des Pachtvertrages, durch die gesetzlichen Vorschriften der §§ 270, 418, 419 I 21 ALR. außer Zweifel gesetzt, auch vom App.-Richter nicht verkannt. Derselbe nimmt aber zugleich an, daß durch die Einziehung eines Theiles der Pachtländereien die Pachtnutzungen als durch Zufall geschmälert zu betrachten sind, und deshalb will er die Höhe der dem Kläger gebührenden Entschädigung nach Anleitung der §§ 420, 421 I 21 ALR. abmessen. Diese Vorschriften würden Anwendung finden,

---

ist gewiß richtig. Ausgeschlossen wird dadurch aber nicht, daß eine besonders gute Jahresernte bei Schätzung des Werths der Sache zu berücksichtigen. Zu fragen wird auch immer sein, ob, wenn die Ernte als Frucht mitenteignet, sie auch Gegenstand der Schätzung gewesen ist. Das kann leicht nicht der Fall sein, wo die Ausführung der Enteignung sich hinzieht. In solchem Fall wird, da die Entschädigung erst von der faktischen Enteignung ab verzinst wird, die inzwischen erwachsene Ernte entweder dem Eigenthümer belassen, oder, wenn sie ihm entzogen, besonders und nachträglich vergütet werden müssen, wofür es dann nach dem unter Nr. 210 Gesagten eines besonderen Verwaltungsverfahrens nicht bedarf.

In dem Falle RG. 3 S. 239 war eine Parzelle für eine Eisenbahn enteignet und durch den Bahndamm der verbliebene Rest in zwei Theile getrennt. Auf einem befand sich der Gutshof, von welchem aus die durch die Bahn abgetrennte Parzelle zu bewirthschaften. Als der Eigenthümer u. A. Entschädigung für die Erschwernisse bei Bewirthschaftung der getrennten Parzellen forderte, wurde exzipirt und eingeräumt, daß der Eigenthümer nach der Enteignung die getrennten Parzellen veräußert. Daraufhin ist in 2. und 3. Instanz die Entschädigung abgewiesen. Das RG. deduzirt: das Gesetz spreche sich darüber nicht aus, welcher Zeitpunkt für die Feststellung der Entsch. entscheide; zu trennen sei der gem. und der außerordentl. Werth; für den gem. Werth sei auf den Zeitpunkt der Enteignung Rücksicht zu nehmen, weil der Eigenthümer den Preis erhalten solle, den er bei Verkauf erhalten haben würde. Der außerordentl. Werth sei dagegen identisch mit dem Interesse; dem Eigenthümer seien seine Nachtheile zu ersetzen. Dafür sei die Zeit der Entstehung maßgebend und nur die Zeit zu berücksichtigen, für welche dies Verhältniß bestanden, aus welchem der besondere Werth bez. die Nachtheile erwachsen. Auch hier kehrt der in seinen Konsequenzen bedenkliche Satz von dem Schadensersatz wieder. Stellt die Entschädigung den Werth des enteigneten Objekts dar, wie aus § 8 Abs. 2 des Ges. folgt, so erscheint das Ergebniß der Entsch. um so

wenn die expropriirten 6 Morgen 46 □Ruthen ohne Entschädigung zum Bau der Eisenbahn hätten abgetreten werden müssen; die Pfarrei hat jedoch, nach Ausweis des Expropriations-Resoluts dem eigenen Geständnisse des Verklagten zufolge, eine nach dem höchsten Werthe des Grundes und Bodens bemessene Grundentschädigung von 492 Thlr. 16 Sgr. 2 Pf. erhalten, und ebenso hat Verklagter selbst einen Zinsbetrag für die Zeit vom 30. Juli 1857 bis zum 19. Februar 1859, dem Zahlungstage des Grundentschädigungs-Kapitals, in Höhe von 38 Thlr. 7 Sgr. 2 Pf. erhoben. Auf solche Fälle einer durch höhere Gewalt herbeigeführten Schmälerung des Pachtnutzungs-Rechts, neben gleichzeitiger vollständiger Entschädigung des Verpächters, sind die §§ 420, 421 I 21 ALR. nicht zu beziehen, und es sind daher auch die Fälle der Expropriation von Grund und Boden ausgeschlossen. Durch die Expropriation scheidet das davon betroffene Trennstück aus dem bisherigen Verbande des Gutes aus; die Eisenbahngesellschaft erwirbt dasselbe frei von Real- und Hypotheken-Verpflichtungen, die dafür gezahlte Grundentschädigung bildet den gemeinschaftlichen Fonds der Entschädigung sowohl für die Realberechtigten, als für den Eigenthümer, indem dieser Fonds kraft des Gesetzes an die Stelle des expropriirten Landes tritt. (ObTr. 13 S. 255; 26 S. 92; 35 S. 396; 45 S. 173; §§ 8, 12 des Ges. v. 3. Nov. 1838.)

Was den Umfang der Ansprüche des Pächters an das Grundentschädigungs-Kapital anlangt, so kann derselbe dem Verpächter gegenüber, kein anderer sein, als derjenige, der ihm, nach Inhalt des Pachtvertrages, oder falls derselbe abweichende Bestimmungen von den gesetzlichen Vorschriften nicht enthält, nach diesen an dem expropriirten Trennstück zustand, im vorliegenden Falle also die gewöhnliche Nutzung durch den Bezug derjenigen Zinsen, welche von dem Entschädigungs-Kapital entweder bereits aufgekommen sind, oder bei verfassungsmäßiger Verwaltung dieses Kapitals, als Kirchen- oder Pfarrvermögen, in Zukunft aufkommen. Dagegen ist der Kläger nicht verpflichtet, sich mit einer nach §§ 420, 421 I 21 ALR. zu berechnenden Vergütung, für den an den Pachtnutzungen durch die Expropriation der fraglichen 6 Morgen 46 □Ruthen erlittenen Ausfall, zu begnügen und der App.-Richter welcher unter Anwendung dieser Vorschriften den Anspruch des Klägers in angebrachter Art abgewiesen, hat dieselben unpassend angewendet, und seine Entscheidung unterliegt deshalb der Vernichtung.

---

bedenklicher, als sie den Zeitpunkt, nach welchem die Entschädigung zu bemessen, weiter verlegt und zu der Untersuchung Anlaß geben kann, ob nicht der Verkauf des abgeschnittenen Theils wegen der Wirthschaftserschwerniß erfolgt und wie es zu halten, wenn der Verkauf einen geringeren Preis ergeben, als der abgeschnittene Theil in seinem Zusammenhange mit dem Ganzen und als Theil desselben hatte. Zu rechtfertigen würde die Entscheidung allerdings dann sein, wenn die Nachtheile lediglich Folge der Anlage, oder wenn man die Entschädigung für Werthsverminderung des Restareals, wie in StrA. 95 S. 137 nebenbei angenommen (anders ObTr. 73 S. 130), als wirklichen Schadensersatz ansieht. In solchem Falle könnte auch die compens. lucri cum damno eintreten. Ueber die Art der Abschätzung, die Gesichtspunkte dabei, die Bedeutung der §§ 15 ff. II 6 AGO. vgl. das Erk. c., in welchem auf den Unterschied von Nutzen und Nutzung und die Bedeutung der Nutzungsart, § 10 des Ges., verwiesen ist. Solche würde im Falle des Erk. b. anzunehmen und jetzt § 10 des Ges. zu berücksichtigen gewesen sein.

Die Entschädigung wird, wo nicht das Gesetz Ausnahme macht, § 271 I 9, § 20 II 15 in Geld und zwar (vgl. §§ 79, 89, 90 I 6, ObTr. 13 S. 19, Erk. c. Bd. 1 S. 615; RG. 9 S. 279; StrA. 83 S. 212) in Kapital gewährt. In StrA. 63 S. 347 ist für das frühere R. angenommen, daß der Unternehmer nicht verpflichtet ist, durch kostbare Anlagen die frühere Brauchbarkeit des durch Enteignung eines Theilstücks betroffenen Restes in den Händen des Eigenthümers wiederherzustellen. In dem Fall war ein Landstück für einen Durchstich zur Regulirung der Warthe enteignet, und durch den Fluß die Kommunikation zwischen den Ländereien des Eigenthümers unterbrochen. Hier ist der Anspruch des Eigenthümers auf Herstellung und Unterhaltung eines Prahms zur Ueberfahrt ebenso wie auf Anlage eines Winterhafens und der Anschaffungskosten für einen Prahm und Handkahn abgewiesen: Könne der Eigenthümer das verbliebene Stück nicht benutzen, so könne er Abnahme fordern, wolle er nicht

In der Sache selbst wird hiernach angenommen, daß die Ansprüche des Klägers auf die Zinsen des Entschädigungs-Kapitals begründet seien, und rücksichtlich des Zinssatzes ausgeführt, daß der Verklagte für den vom Kläger geforderten Prozentsatz nicht verantwortlich gemacht werden könne.

Gründe: e. Das Hauptgewicht wird auf den Einwand gelegt, daß die Verklagte nicht verpflichtet sei, außer dem einmaligen Ersatz des außerordentlichen Werthes für das Eigenthum des Grundstückes noch irgend etwas zu leisten. Dieser Meinung ist der App.-Richter mit Recht entgegengetreten. Der Anspruch des Miethers auf Entschädigung für den Verlust, welchen er dadurch erleidet, daß ihm die gemiethete Sache vor Ablauf der Miethszeit entzogen wird, fällt nach keiner Richtung zusammen mit dem Expropriationspreise im Sinne der §§ 8 ff. I 11 ALR., sondern geht neben demselben her. Er findet seine rechtliche Grundlage im § 75 der Einl., wonach der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten ist, — und sofern eine solche Aufopferung nicht zu Gunsten des Staats, sondern zu Gunsten einer anderen Gemeinschaft oder auch einer das öffentliche Interesse befördernden Privatunternehmung erzwungen wird, in den aus dem Prinzip des § 75 a. a. O. abzuleitenden Rechtssatze: daß in solchem Falle der, zu dessen Gunsten die Enteignung geschieht, zur Entschädigung verpflichtet ist. (Vgl. ObTr. 53 S. 31; 56 S. 19).*) Die Expropriationsbestimmungen im 11. Titel enthalten die wichtigste Anwendung dieses Grundsatzes, erschöpfen aber die Tragweite desselben, wie die Verklagte meint, keineswegs.

Besteht die Aufopferung besonderer Rechte in der Abtretung des Eigenthumes, so hat sie die Natur eines durch den Staat erzwungenen Verkaufes, weshalb das ALR. die hierauf bezüglichen Bestimmungen an die Spitze der Lehre vom Kauf (I 11 §§ 3 ff.) gestellt hat. Die für das aufgeopferte Eigenthum nach § 75 Einl. zu zahlende Entschädigung hat die Natur eines Kaufpreises, dessen Höhe, wenn darüber kein Einverständniß stattfindet, durch den Werth der Sache nach dem Gutachten Sachverständiger bestimmt wird, I 11 §§ 8 ff. Hierunter ist der Werth zu verstehen, den die Sache an und für sich, frei von jeder Belastung mit dinglichen

---

*) Nr. 28 Bd. 1 S. 105.

---

abtreten, so könne er Anlagen, die in keinem Verhältniß stehende Kosten verursachten, nicht verlangen. Vgl. StrA. 100 S. 319, Bd. 1 S. 579 unt. Nr. 126 u. § 148 Berggeſ. Dasselbe wird auch jetzt für den Fall des § 9 des EnteignGes. anzunehmen sein. Vgl. auch StrA. 1 S. 295 weiter unten. Nach dem früheren R. ist bei der Kapitalisirung mit Rücksicht auf § 15 des EisenbGes. v. 3. Nov. 1838 und des Chausseebau-Ed. v. 18. April 1792 (V. v. 15. Juni 1803), wonach der Ertrag mit 4 Prozent zu kapitalisiren, vielfach die als Rechtsfrage behandelte Frage, zu welchem Prozentsatz zu kapitalisiren, zur Sprache gekommen, StrA. 32 S. 181, 188; 81 S. 119; ObTr. 48 S. 145; 67 S. 19, 35; 29 S. 242. In dem PlPräj. 2765; ObTr. 67 S. 19 v. 10. Juni 1872 ist für die Kur- und Neumark die Kapitalisirung zu 4 Prozent gesetzlich vorgeschrieben (Nr. 9 § 18 Ed. v. 18. Apr. 1792) angenommen. Jetzt wird, da das Kapital dem Eigenthümer in den Zinsen das Aequivalent für den entgangenen Ertrag nutzbringender Sachen gewähren soll, die Frage nach der Kapitalisirung konkret zu prüfen sein. In dem PlBeschl. und in StrA. 32 S. 181 war die Rücksicht auf den im Verkehr bestehenden Zinsfuß abgelehnt und die Kapitalisirung nach dem gesetzlichen Zinsfuß als geboten erachtet.

Ueber theilweise Einklagung der Entschädigung vgl. StrA. 87 S. 295, wo für zulässig erachtet ist, die Entschädigung für Wirthschaftserschwernisse unter Vorbehalt der Entsch. für den Grund und Boden einzuklagen, und RG. 2 S. 234, wo es für unzulässig erklärt ist, bei Entziehung eines gesammten Komplexes einen einzelnen Theil herauszugreifen und dafür besondere Entsch. zu fordern; der besondere Werth des Theils darf nur bei der Würdigung des Ganzen in Betracht gezogen werden. Die Frage wird nur konkret von dem Gesichtspunkte zu entscheiden sein, daß durch die Theilfeststellung nicht die richtige Schätzung des Ganzen beeinträchtigt werden darf.

Rechten Dritter, hat, da der Zweck der Enteignung es erfordert, daß der Enteigner die Sache zu völlig unbeschränkter Verfügung erhalte. Bei der Enteignung wie in anderen Fällen gesetzlich nothwendiger Veräußerung tritt daher der Preis an die Stelle der Sache, und zwar in dem Sinne, daß der Preis den Fonds bildet, aus welchem zunächst die Inhaber der dinglichen, den Eigenthümer beschränkenden Rechte für den Verlust derselben entschädigt werden, und sodann der Eigenthümer das Aequivalent für den Werth, den die also belastete Sache für ihn gehabt hat, empfängt. (Vgl. ObTr. 47 S. 203).*) Dem Pfandgläubiger dient nun der Preis statt der Sache zur Sicherheit für seine Befriedigung, der Nutznießer erhält nun die Zinsen des Preises statt der Früchte der Sache, der Servitutberechtigte erhält aus dem Preise das Aequivalent für die nicht mehr ausübbare Servitut u. s. w.

Auch die nach dem landrechtl. System dinglichen Berechtigungen eines Pächters oder Miethers können hierbei in Betracht kommen, aber wohlverstanden nur solche, welche sich aus dem noch fortdauernden Pacht- oder Miethsverhältnisse ergeben. Ein Beispiel hiervon gewährt die Entscheidung v. 31. Jan. 1862, ObTr. 47 S. 203. Damals hatte der Kläger die Ländereien der verklagten Pfarrei gepachtet, und das Pachtverhältniß dauerte fort, nachdem eine kleine Parzelle von diesen Ländereien expropriirt war; der Kläger bezahlte nach wie vor die unverminderte Pacht und nahm als Aequivalent der ihm entzogenen Benutzung der expropriirten Parzelle die Zinsen des Expropriationspreises auf die Dauer des Pachtvertrags in Anspruch. Jene Entscheidung erkennt an, daß auch für das dingliche Nutzungsrecht des Pächters der Preis an die Stelle der Sache tritt. Um einen solchen Anspruch handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht. Das Miethsverhältniß zwischen dem Kläger und dem früheren Eigenthümer des enteigneten Gebäudes ist durch die Ausführung des Expropriationsresoluts gänzlich aufgehoben, da für den Vermiether die Unmöglichkeit, denselben zu erfüllen, durch unabwendbare Gewalt entstanden ist, ALR. I 5 § 364. Aus dem solchergestalt aufgehobenen Miethsvertrage steht dem Kläger ein dinglicher Anspruch irgend einer Art nicht mehr zu, wie er denn auch zur Zahlung von Miethe nicht mehr verpflichtet geblieben ist. Der Eigenthümer, welcher bisher das Gebäude durch Vermiethung genutzt hat und durch die Expropriation den Miethszins verliert, erhält mit dem Preise der Sache nicht mehr, als er vorher dem Werthe nach be-

---

*) Erk. d.

Auf die Frage der Entschädigung der Realberechtigten (Servituten, Hypotheken, Grundschulden, Miethe, Pacht) beziehen sich §§ 11, 44 ff. des Ges. Sie statuiren den schon früher (StrA. 37 S. 99, Erk. d., e.) aus §§ 74, 75 Einl. abgeleiteten Satz, daß die Entschädigungspflicht des Unternehmers sich nicht auf den Eigenthümer beschränkt, sondern auch auf die Nachtheile, welche Realberechtigte aus der Eintragung erleiden, erstreckt. Bloß obligatorisch Berechtigte haben keinen Anspruch; für sie wirkt die Enteign. als vis major. In StrA. 95 S. 137 ist dasselbe auch für den Prekaristen, §§ 231 ff. I 21 ALR., angenommen, weil das prec. kein Vermögensrecht, die Entsch. für Vermögensnachtheile, welche neben der Eigenthumsentziehung durch die Enteign. entstanden, nach § 11 des Ges. wie nach § 75 Einl. die Entstehung eines Schadens, d. h. die Minderung des Vermögens, § 1 I 6 ALR., voraussetze, der Unternehmer, der sich auf prec. berufe, daher nicht eine exc. d. jure tertii geltend mache, sondern die Entstehung des Schadens bestreite. Vgl. StrA. 100 S. 314 weiter unten. Aehnlich StrA. 1 S. 295, wo anerkannt, daß Wegeberechtigte zu denjenigen gehören, die — zwar nicht Wiederherstellung des alten oder Anlage eines neuen Weges, vgl. oben StrA. 63 S. 347, aber — Entschädigung für Einziehung oder Verlegung des Weges fordern können, vorausgesetzt, daß ihnen das Wegerecht als Privatrecht zusteht, während für Einziehung eines öffentl. Weges oder Kommunikationsweges ein Anspruch nicht eröffnet. Auch in StrA. 10 S. 202; 32 S. 181 ist die Entschädigungsberechtigung für Wegeservituten anerkannt. Der Anspruch ist ein selbstständiger, mit dem der Unternehmer nicht an den Eigenthümer verweisen kann, falls nicht die Entschädigung dafür in der für den Eigenthümer festgesetzten enthalten, was konkret zu prüfen, bei Wegeservituten regelmäßig nicht der Fall sein wird, § 11 des Ges., StrA. 37 S. 99; 100 S. 314. Regelmäßig tritt die Entschädigung an die Stelle der Sache, wie in anderen Fällen der nothwendigen Veräußerung. Dies gilt nach der Natur des Rechts

sessen, und was ihm daher unverkürzt gebührt. Der Entschädigungsanspruch des Klägers dafür, daß er gezwungen worden ist, die Vortheile, welche der Genuß des Miethsrechtes in der ganzen Dauer der kontraktsmäßigen Miethszeit für ihn gehabt haben würde, zu opfern, steht außer aller Berührung mit dem Werthe des Gebäudes, welchen der Expropriationspreis ausdrückt, und ist deshalb auch ganz sachgemäß bei der Abschätzung des Gebäudes außer Betracht geblieben; die Verklagte selbst behauptet nicht, daß die Taxatoren zur Entschädigung des Klägers eine besondere Summe ausgeworfen und dem Werthe des Gebäudes hinzugerechnet hätten. Wenn es gleichwohl in den Gründen des Expropriations-Resolutes heißt: „Die für das Grundstück gezahlte Entschädigung bildet ferner den gemeinschaftlichen Fonds der Entschädigung sowohl für die Realberechtigten, namentlich die Miether, als für den Eigenthümer, indem dieser Fonds kraft des Gesetzes an die Stelle des expropriirten Grundstückes tritt;" so ist dies, was den Anspruch der Miether auf Entschädigung wegen vorzeitiger Aufhebung des Miethsverhältnisses betrifft, eine unrichtige Anwendung des Grundsatzes: pretium succedit in locum rei und beruht auf mißverständlicher Auffassung der dafür in Bezug genommenen Entscheidungen des ObTr. Jener Anspruch ist nicht dinglich, haftet nicht auf dem Grundstück, kann daher auch nicht auf den die Stelle des Grundstücks einnehmenden Preis verwiesen werden.

Andererseits kann die Berechtigung des Klägers nicht zweifelhaft sein, für den Vermögensverlust, den er durch die vorzeitige Beendigung seines Miethsverhältnisses erlitten, nach § 75 Einl. Entschädigung zu verlangen, da er gezwungen ist, die Vortheile dieses Miethsverhältnisses dem Gemeinwohle aufzuopfern. Dies ist auf den Antrag, also zu Gunsten der verklagten Stadtgemeinde geschehen, und da sie, wie gezeigt, durch die Zahlung des Expropriationspreises den Kläger keineswegs klaglos gestellt hat, so sind ihre Einreden der mangelnden Aktiv- und Passivlegitimation unbegründet.

Was die Höhe des Entschädigungsanspruches betrifft, so ist für völlig nachgewiesen zu erachten, daß der Kläger durch den Fortbetrieb seines Geschäfts in der Zeit vom 4. Okt. 1867 bis 1. Juli 1869 einen Reingewinn von 2065 Rthlrn. gemacht haben würde. Haben auch nach der Aussage des Bücher-Revisors die von dem Kläger vorgelegten Geschäftsbücher ein zuverlässiges Ergebniß nicht geliefert, so ist doch, nachdem durch die Aussagen der Konditoren Kr., S. u. L. des P. u.

---

namentlich für Hyp., Grundschulden, Nießbrauch, wo die gleiche oder gleichartige Ausübung des Rechts an der Entschädigung möglich ist, und ist ebenso auch z. B. in StrA. 88 S. 206 angenommen, wo von einem Erbpachtgut eine Parzelle zum Chausseebau expropriirt, die Entschädigung an den Besitzer des Fideikommisses, von welchem in Erbpacht gegeben, gezahlt war, demnächst aber dem inzwischen nach dem Ges. v. 1850 Eigenthümer gewordenen Erbpächter zugesprochen ist. Das Gesetz hat hier dem Berechtigten einen selbstständigen Anspr. auf Feststellung der Entsch. im Rechtswege gegenüber der Entscheidung im Verwaltungsverfahren gegeben, ebenso bei gütlicher Einigung zwischen Eigenthümer und Unternehmer über die Entschädigung, § 46 des Ges. Ueber das Recht des Hypothekengläubigers bei freiwilliger Abtretung vgl. RG. 4 S. 279 unt. Nr. 210. Der Rechtsweg ist dem Realberechtigten unbedenklich auch dann nicht versagt, wenn er bei dem kommissarischen Verfahren, § 25 des Ges., nicht zugezogen oder sich nicht gemeldet oder nicht berücksichtigt, RG. 5 S. 281 (Hypotheken).

Von besonders praktischer Wichtigkeit ist der in Erk. d., e. behandelte Fall der Entschädigung für Miether und Pächter. Zu scheiden ist hier, wie in Erk. e. hervorgehoben, der Fall, wo das Mieths- (Pacht-) Verhältniß vorzeitig durch die Enteignung aufgehoben, von dem Falle, wo das Objekt durch die Enteignung nur beeinträchtigt ist. In ersterem Falle besteht gegen den Vermiether (Verpächter) nach § 364 I 5 überhaupt kein Anspruch, nur gegen den Unternehmer. In letzterem Falle tritt grundsätzlich die Entschädigung für das enteignete Objekt an Stelle desselben auch für den Pächter, dem die Zinsen des Entschädigungskapitals ein gleichwerthiges Aequivalent für die Naturalnutzungen zu geben vermögen. Deshalb braucht nach Erk. d. sich der Pächter nicht mit der verhältnißmäßigen Reduktion des Pachtzinses gemäß der §§ 420, 421 I 21 zu begnügen. In StrA. 14 S. 240, wo eine Parzelle des Pachtguts freiwillig zum Eisenbahnbau abgetreten war, ist der Anspruch des Pächters auf Remission

des S. die persönliche Tüchtigkeit des Klägers und die hervorragende Güte seiner Waaren außer Zweifel gestellt worden, durch die Sachverständigen S. und L. unter Berücksichtigung der besonders günstigen Lage des Geschäftslokals, in welchem nach ihrem Zeugniß seit langen Jahren von verschiedenen Miethern die Konditorei betrieben worden ist, die Angemessenheit des von dem Kläger angegebenen Reingewinnes übereinstimmend bestätigt worden. Es kann sich nur noch fragen, ob der Kläger nicht mit Rücksicht darauf, daß dieser Gewinn zugleich die Frucht seiner persönlichen Thätigkeit darstellt, den Betrag dessen in Abzug zu bringen hat, was er in jener Zeit durch anderweitige Verwerthung seiner Kräfte erworben hat. Hierbei kommt nur dasjenige in Betracht, was er selbst in dieser Beziehung angegeben, da die Verklagte nicht dargethan hat, daß er anderweitige Einnahmen gehabt oder solche schuldbarer Weise sich habe entgehen lassen. Nach der Angabe des Klägers ist es ihm dadurch, daß das Geschäft, in welches er seine Mittel gesteckt hatte, ihm plötzlich ohne alle Entschädigung geschlossen wurde, aus Mangel an Mitteln unmöglich gewesen, eine andere Konditorei zu errichten und selbstständig zu betreiben, er hat sich genöthigt gesehen, wieder einen Dienst als Gehülfe zu suchen, solchen aber erst am 8. Sept. 1868 erhalten. In dieser Stellung hat er monatlich 10 Rthlr. baar und freie Station bekommen, deren Werth er ebenfalls auf 10 Thlr monatlich schätzt. Der Dienst als Gehülfe hat ihm daher in der Zeit vom 8. Sept. 1868 bis 1. Juli 1869 im Ganzen 194 Rthlr. 20 Sgr. eingebracht, die er nicht hätte verdienen können, wenn er während dieser Zeit durch den Betrieb seines eigenen Geschäftes den liquidirten Reingewinn erzielt hätte. Es beschwert daher die Verklagte, wenn der App.-Richter dem Kläger die vollen 2065 Rthlr. zugesprochen hat, hiervon müssen vielmehr jene 194 Rthlr. 20 Sgr. in Abzug kommen.

---

gemäß §§ 299, 302 I 21 nicht als ungerechtfertigt bezeichnet, in StrA. 40 S. 7 u. 58 S. 163 aber in gleicher Weise wie im Erk. d. § 420 I 21 für unanwendbar erklärt. In ersterem Falle war ein Theil eines Teichs, den A. an B. zur Fischerei verpachtet, für eine Eisenbahn enteignet und der Ertrag des Rests dadurch erheblich verringert. Die Eisenbahn hatte dem Verpächter Entschädigung für das enteignete Areal und die Ertragsminderung der Fischerei, welche auf 250 jährlich festgesetzt und kapitalisirt, gezahlt. Der Pächter klagte auf Zahlung dieser Entsch. an ihn und das ObTr. hat ihm gegen den 2. Richter, der mit dem Bekl. nur Reduktion des Pachtzinses zulassen wollte, die Zinsen der Entschädigung für das Areal auf die Dauer der Pachtzeit und außerdem den auf die Pachtzeit fallenden Theil des Entschädigungskapitals für die Ertragsverminderung der Fischerei zugesprochen. Ebenso im zweiten Falle, wo eine Parzelle des Pachtguts enteignet, der Verpächter dafür ein Kapital von 250 Thlr. erhalten hatte und der Pächter die Zinsen dieses Kapitals forderte. In diesem Falle hat das ObTr. aber zugleich darauf hingewiesen, daß dabei die konkrete Sachlage zu würdigen sei, daß die Zinsen nicht immer das vom Pächter zu fordernde Aequivalent seien, z. B. da nicht, wo eine heranwachsende, erst nach Jahren zu nutzende Holzanpflanzung enteignet ist.

Auf einer Anwendung des oben berührten Grundsatzes, daß nur zu entschädigen für wirklich verletztes Recht, beruht StrA. 100 S. 314. In diesem Falle war in dem Pachtvertrage stipulirt, daß der Pächter sich Expropriation gefallen lassen und unter Ausschluß jeder anderen Entschädigung mit 5 Proz. des Entschädigungskapitals begnügen müsse. Hier ist der weiter gehende Anspruch des Pächters gegen die enteignende Eisenbahn abgewiesen, weil der Pächter auch von ihr Entsch. nur soweit zu fordern habe, als sein Pachtrecht verletzt, sein Pachtrecht aber durch den Pachtvertrag begrenzt sei, keine exc. d. j. t. vorliege, wenn die Eisenbahn sich darauf berufe, ein weiterer Anspruch nur begründet sein würde, wenn dem Pächter selbständig etwas, was ihm, nicht dem Verpächter gehöre, enteignet, z. B. Früchte.

Ueber die Verjährung des Anspruchs auf Entsch. vgl. unt. Nr. 133 Bd. 1 S. 615, 618.

Nr. 210 b. §§ 3—11. Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 §§ 14 bis 31. (EisenbGes. v. 3. Nov. 1838 § 14.) Die Enteignung. Die Entschädigung. Anlagen.*)

a. PlPräs. 2313 v. 20. Okt. 1851; ObTr. 21 S. 177 (StrA. 3 S. 300).
b. Erk. v. 1. Dez. 1874; ObTr. 73 S. 263 (StrA. 92 S. 344).
c. Erk. v. 26. Febr. 1877; ObTr. 79 S. 132.

Im Falle a klagte der Pächter eines Domänenguts gegen die Eisenbahn mit der Behauptung, dass eine nach heftigen Regengüssen eingetretene Ueberschwemmung seiner Ländereien dadurch herbeigeführt, dass die Anlage der Eisenbahn den Wasserlauf verändert und die Eisenbahngesellschaft unterlassen habe, den dadurch nöthig gewordenen Abzugsgraben anzulegen. Die Instanzen wiesen in Uebereinstimmung mit einer früheren Entsch. des ObTr. v. 11. Okt. 1849 ab, weil nach § 14 des Ges. v. 3. Nov. 1838 eine Verpflichtung zum Schadensersatze nur eintreten könne, wenn die vorgeschriebenen Anlagen nicht oder nicht gehörig ausgeführt. Dies hat das Plenum reprobirt und den Grundsatz aufgestellt, dass durch den § 14 die sonst begründeten Rechte des Adjazenten auf Entschädigung keine Abänderung oder Beschränkung zum Vortheil der Eisenbahngesellschaften erlitten. — Im Falle b. hatte die Eisenbahngesellschaft im Ruhrthale einen Damm und eine Brücke angelegt, welche nach Behauptung des Klägers zur Folge gehabt, dass das in der Ruhr belegene Strauchwehr des Klägers durch Hochwasser zerstört. Die Klage auf Entschädigung für Wiederherstellung des Wehrs und Entziehung des Wassers wurde in 2. Instanz abgewiesen. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. verlangte die Klage Entschädigung dafür, dass durch einen von der beklagten Eisenbahngesellschaft angelegten Tunnel im Gebirge den Quellen und Anlagen auf dem benachbarten Grundstück der klagenden Irrenanstalt B. das Wasser entzogen worden. Die Klage ist abgewiesen.

Gründe: a. Bei der den Gegenstand der Berathung ausmachenden Frage ist vorausgesetzt, daß die Entschädigungsansprüche der Adjazenten gegen die Eisenbahn-Gesellschaft nach allg. Rechtsgrundsätzen, also abgesehen von dem Ges. v. 3. Nov. 1838, begründet sein würden.

Es ist hier also nicht näher zu untersuchen, in welchen Fällen die allgemeinen Rechtsgrundsätze einen solchen Anspruch gewähren, namentlich in welchem Umfange die Gesellschaft für die nachtheiligen Wirkungen haftet, welche die Bahnanlage auf nicht expropriires Eigenthum der Nachbarn üben mag. Es kommt vielmehr

*) Der § 14 des EnteignGes. ist dem § 14 des Ges. v. 3. Nov. 1838 nachgebildet; er verallgemeinert den Grundsatz desselben für alle Unternehmungen, hebt ihn aber nicht auf, insofern § 14 des EnteignGes. sich nur auf den Fall des Enteignungsverfahrens, § 21 des Ges., bezieht, § 14 des EisenbGes. auch Fälle außerhalb eines solchen trifft; der Abs. 2 des EisenbGes. ist überhaupt unberührt geblieben. Vgl. § 158 Ges. v. 1. Aug. 1883 (GS. S. 237). Ueber den § 31 des Ges. geht § 14 des Ges. insofern hinaus, als jener nur den enteigneten Eigenthümer, dieser alle, auch die bei der Enteign. nicht betheiligten Adjazenten im weiteren Sinne betrifft und zugleich das öffentl. Interesse wahren will. Bei der wesentlichen Uebereinstimmung der beiden §§ ist die frühere Praxis noch jetzt von Bedeutung, namentlich das PlPräs. Erk. a. Der Grundsatz desselben, daß ein sonst begründeter Entschädigungsanspruch dadurch nicht beseitigt wird, daß die zur Verhütung des Schadens erforderlich gewesene Anlage nicht verlangt, vorgeschrieben oder in der vorgeschriebenen Art zwar ausgeführt, aber sich nicht als ausreichend erwiesen, ist konstant festgehalten, StrA. 8 S. 337; 18 S. 223; 35 S. 284; 98 S. 21, 329; ObTr. 73 S. 130; JMBl. 1862 S. 136, 1864 S. 316. Noch zweifelloser ist die in ObTr. 73 S. 130 bejahte Frage, ob der Eigenthümer im Rechtswege die

nur auf die Prüfung an, ob im § 14 des Ges. Vorschriften enthalten sind, welche die Entschädigungsverpflichtung der Eisenbahn=Gesellschaften dergestalt normiren, daß sie allein maßgebend sind und die Anwendung jener allg. Rechtsgrundsätze ausschließen.

In dem Präj., welches die Veranlassung zu der Plenarfrage gegeben hat, wird dies angenommen und aus dem § 14 hergeleitet: daß eine eigentliche Expropriation es nur mit dem Grunde und Boden zu thun habe, darüber hinaus jedoch die Wirkungen des Verfahrens nicht durch eine Geldentschädigung abgemacht, sondern nur durch vorkehrende Anlagen beseitigt werden könnten, worüber die Regierung allein zu befinden habe. Nur wenn die Eisenbahn=Gesellschaft etwas versäumt haben sollte, könne darauf ein gerichtlicher Schadensanspruch gegründet werden. Für die Vergangenheit lasse sich nicht beurtheilen, ob die Eisenbahn=Gesellschaft gegen die Anordnungen der Regierung gefehlt und sich in dieser Art für den entstandenen Schaden verantwortlich gemacht habe; für die Zukunft könne dem Kläger aber nur überlassen bleiben, bei der Regierung die Abänderung der Anlage nachzusuchen.

Die richtige Auslegung der Vorschriften des Gesetzes führt jedoch zu einem entgegengesetzten Resultat.

Der § 8 desselben räumt den Eisenbahngesellschaften das Recht zur Expropriation, der § 9 das Recht zur vorübergehenden Benutzung fremder Grundstücke ein. Die §§ 11—13 bestimmen für beide Fälle die Weise der Ermittelung der Entschädigung, welche in Geld gewährt wird.

Da in den dem § 14 vorhergehenden Bestimmungen, sowie in dem zweiten Absatze des § 14 die Rede ist von Verpflichtungen und Rechten der Gesellschaft und der Grundeigenthümer gegeneinander, so ist anzunehmen, daß auch durch den hier fraglichen ersten Absatz des § 14 die Eisenbahn=Gesellschaft nicht nur dem Staate, sondern auch den Nachbarn gegenüber habe verpflichtet werden sollen. Und hierin liegt ein scheinbares Fundament für die weitere Folgerung: da der § 14 der Gesellschaft nichts weiter auferlegt, als die Einrichtung und Unterhaltung der von der Regierung für nöthig erachteten Anlagen, so hat sie damit auch genug gethan, alle aus der Bahnanlage für sie entspringenden Pflichten gegen die Nachbarn erfüllt, und kann von denselben rücksichtlich der nachtheiligen Folgen der Bahnanlage nicht weiter in Anspruch genommen werden.

Eine solche Folgerung ist jedoch nicht richtig. Nach allgemeinen Grundsätzen derogirt nämlich allerdings ein Specialgesetz dem jus generale aber doch nur dann, wenn es mit demselben collidirt oder dasselbe ausdrücklich aufhebt. Wenn also hier der Eisenbahn=Gesellschaft eine specielle Pflicht gegen die Nachbarn auferlegt wird, so würden dadurch ihre aus allgemeinen Grundsätzen erwachsenden Verpflichtungen einen Abbruch nur dann haben erleiden können, wenn die neue Pflicht mit der alten nicht vereinbar wäre, oder wenn das Specialgesetz die Aufhebung der generellen Pflichten irgendwie zu erkennen gegeben hätte. Letzteres ist offenbar nicht der Fall, aber auch eine Collision ist nicht vorhanden.

Bei der Anlage einer Eisenbahn tritt in vielfachen Beziehungen die Nothwen=

Erhöhung der Entschädigung für Land fordern kann, welches er zu solchen Anlagen hergegeben hat. Andererseits ist schon früher angenommen und nach Abs. 2 des § 14 des Ges. nicht mehr zweifelhaft, daß dem Adjazenten eine Klage auf die Herstellung und Unterhaltung solcher Anlagen oder die andre Herstellung (Breite, Steigung) oder die Erstattung von Auslagen für selbst getroffene Einrichtungen, wie sie § 14 bezeichnet, nicht zusteht, weil über die Nothwendigkeit der Anlage nur die Verwaltungsbehörde (vgl. §§ 150 ff., 158 Ges. v. 1. Aug. 1883, GS. S. 237) entscheidet, nur sie den Unternehmer zwingen kann, RG. 7 S. 265, 267, 268; JMBl. 1883 S. 324; 1853 S. 337; 1854 S. 452; 1855 S. 331, 399; ObTr. 58 S. 383; 73 S. 130; StrA. 1 S. 295; 11 S. 63; 82 S. 333; 83 S. 57; 84 S. 151, 156; 98 S. 21, 129, 133. Ebenso kann selbst auf Grund Privatabkommens der Adjazent von dem Unternehmer nicht Fortschaffung oder Aenderung einer Anlage fordern, welche die Behörde für erforderlich erachtet hat, StrA. 98 S. 129, 133. Bei Einziehung eines Weges hat der Eigenthümer danach keine Klage auf Anlage eines anderen Weges, StrA. 1 S. 295, ebensowenig kann aber seine Klage auf Entschädigung wegen der Einziehung abhängig von der Klage auf die Herstellung sein, StrA. 18 S. 223 (Brücke)

digkeit der Einwirkung der Staatsbehörden ein. Es ist nicht nur das landespolizeiliche Interesse hinsichtlich der Zweckmäßigkeit des Baues des Bahnkörpers wahrzunehmen, sondern es sind auch die nothwendig entstehenden Reibungen der Privatinteressenten zu beseitigen, und nicht nur die unausbleiblichen Opfer und Vermögens-Verletzungen auszugleichen, sondern auch die letzteren möglichst zu verhüten und demgemäß zweckmäßige Vorbeugungs-Maaßregeln anzuordnen. Dieser Verpflichtung nachzukommen ist den Eisenbahn-Gesellschaften in dem § 14 auferlegt, und den benachbarten Eigenthümern zur Verhütung einer Werthsverminderung ihrer Grundstücke nicht nur der Ersatz für den wirklich zugefügten Schaden im Wege Rechtens gesichert, sondern auch eine Gewähr gegen den Eintritt von Beschädigungen geleistet.

Daraus nun, daß die Gelegenheit zu Entschädigungs-Ansprüchen möglichst verhütet werden soll, kann die Absicht des Gesetzgebers nicht gefolgert werden, die Grundsätze über die Entschädigungspflicht abzuändern, namentlich nicht die Entschädigungs-Ansprüche abzuschneiden, wenn die Vorbeugungs-Maßregeln sich als unzureichend ergeben sollten. Der Beschädigte befindet sich dann in derselben Lage, wie wenn diese Vorkehrungen gar nicht stattgehabt hätten, und der Erfolg hat nur dem etwaigen Vertrauen auf die sachkundige Anordnung der Baubehörde nicht entsprochen. Daß der beschädigte Adjacent in solchem Falle ganz leer ausgehen sollte, ist weder ausdrücklich vorgeschrieben, noch kann dem Beschluß einer Administrativ-Behörde überhaupt die Wirkung beigelegt werden, daß dadurch begründete privatrechtliche Ansprüche der Betheiligten könnten ausgeschlossen werden. Dem steht entgegen, daß der § 20 des Ges. die Eisenbahn-Gesellschaft für alle Entschädigungs-Ansprüche verpflichtet, welche infolge der Bahnanlage an den Staat gemacht und entweder von der Gesellschaft selbst anerkannt oder unter ihrer Zuziehung richterlich festgestellt worden. Gegen den Staat würde aber nach § 4 des Ges. v. 11. Mai 1842 der Anspruch auf Entschädigung wegen Eingriffs in Privatrechte gerade nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen zu entscheiden sein. Einer ganz gleichen Beurtheilung unterliegt daher auch der Anspruch auf Ersatz solchen Schadens, der trotz der getroffenen Vorsichtsmaßregeln dennoch erfolgt ist, weil entweder nicht vorhergesehene Umstände eingetreten oder das Urtheil der Baubehörde hinsichtlich der Vorkehrungen sich als richtig nicht bewährt hat. Ob die Eisenbahn-Gesellschaft, welche für die Entschädigungs-Ansprüche, die an den Staat gemacht werden können, verhaftet ist, sich darauf berufen könne, daß der Staat, wenn er selbst gebaut hätte, für Versehen seiner sachverständigen Beamten nicht aufkommen dürfe, ist eine Frage, die ebenfalls nur nach allgemeinen Gesetzen zu beurtheilen sein würde, und bei der daher eine Kollision mit der im § 14 des Gesetzes enthaltenen Specialvorschrift nicht eintritt. Sie wird sich aber auch dadurch erledigen, daß der vorliegende Anspruch an den Bauherrn gemacht wird, und daß die Eisenbahn-Gesellschaft zu der Baupolizei-Behörde in keinem anderen Verhältnisse steht,

---

Auch hier kann sich der Unternehmer der Entschädigungspflicht nicht dadurch entziehen, daß er behauptet, er habe das Unternehmen für einen Anderen durchgeführt, diesem die Grundstücke und die Ausführung für seine eigene Rechnung überlassen, denn die Verpflichtung aus § 14 ist nichts als eine Ergänzung der allgemeinen Entschädigungspflicht, RG. 9 S. 276.

Viel bedenklicher ist die weitere, in den Erk. b. u. c. behandelte Frage, wie weit die Entschädigungspflicht des Unternehmers für Nachtheile geht, welche durch die Anlage für die Adjazenten, mögen sie an dem Enteignungsverfahren betheiligt gewesen sein oder nicht, entstehen. Sowohl aus § 14 des EisenbGes. wie aus § 14 des EnteignGes. könnte gefolgert werden, daß alle Nachtheile zu ersetzen, auch solche, für welche der Adjazent einem anderen Eigenthümer als dem Unternehmer gegenüber einen Ersatz nicht zu fordern haben würde. Daß, wie in Erk. c. angenommen, die Frage in Erk. a. dahin beantwortet, daß die Entschädigungspflicht nach allgem. Grundsätzen begründet, kann daraus, daß der PlBeschl. dies als Voraussetzung für die von ihm entschiedene Frage aufstellt, nicht entnommen werden.

Auszugehn ist jedenfalls davon, daß nicht etwa alle nachtheiligen Folgen des Unternehmens zu vergüten. Dies würde zur Entschädigungspflicht im weitesten Umfange, wie

wie jeder Andere, der einen Bau polizeilicher Erlaubniß und Anordnung gemäß führt. Der Adjazent ist an die Eisenbahn-Gesellschaft gewiesen als den Bauherrn, der ein solcher auch bleibt, wenngleich er unter einer Oberaufsicht und nach den Anweisungen der Regierung baut. Mag daher der Umstand, daß die Eisenbahn-Gesellschaft nach Angabe der Regierungsbehörden vorkehrende Einrichtungen getroffen hat, von Erheblichkeit für die Beurtheilung sein, ob ein gewisser Schade aus dem Eisenbahnbau stamme oder durch ihn veranlaßt worden sei, oder nicht, so wird er doch, falls dieser Kausalnexus vorliegt, die Entschädigungspflicht nicht ändern noch weniger ausschließen. Es wird dann nur festgestellt sein, daß außer den von der Regierung angeordneten Vorkehrungen noch andere oder wirksamere erforderlich gewesen wären, von deren Anwendung die Eisenbahn-Gesellschaft durch den § 14 nicht entbunden ist, dem vielmehr das Prinzip zum Grunde liegt, daß dergleichen Anlagen von ihr so gemacht werden müssen, daß sie dem Zweck entsprechen.

Gründe: b. Zu den Momenten, welche den Durchbruch des Wehres veranlaßt haben, gehören wesentlich der Eisenbahndamm und die Eisenbahnbrücke. Thatsächlich ist kein Zweifel darüber aufgekommen, daß die Verklagte diese Anlagen auf dem ihr zur Errichtung der Eisenbahn überlassenen Grund und Boden, also in suo, ausgeführt hat. Rechtlich aber hat die Verklagte den Einwand erhoben, daß sie vermöge ihres Eigenthumsrechtes zur Errichtung solcher Anlagen befugt und für den durch den Nachtheil entstehenden Schaden nicht verantwortlich sei.

Das in dem Eigenthumsrechte begriffene Benutzungsrecht ist in der That absoluter Natur, und die Grenzen dieses Rechtes müssen besonders festgesetzt sein, wenn die Benutzung für eine rechtswidrige erachtet werden soll, §§ 25, 26 I 8 ALR.

Daß es vermöge der Natur unzulässig gewesen, die Eisenbahnanlage anders, als in der geschehenen Art, zu errichten, ist nicht behauptet worden. Ebensowenig ist von Willenserklärungen der Parteien die Rede, durch welche das gesetzliche Eigenthumsrecht der Verklagten beschränkt worden wäre, und wodurch der Kläger ein wohlerworbenes Recht erlangt hätte, der Verklagten diese Art der Nutzung ihres Eigenthumes zu verbieten. Es kommt daher lediglich darauf an, ob die Gesetze der Verklagten eine derartige Ausführung ihres Rechtes untersagten.

Der Kläger zitirt nach dieser Richtung den § 93 Einl. zum ALR., der allgemeine Satz desselben hat jedoch die selbstverständliche Voraussetzung, daß der Hindernde nicht ein ihm zustehendes Recht ausübte, was der ebenso allg. Satz des § 36 I 6 ALR. mit den Worten andeutet: Wer sich seines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Anderen daraus entstanden ist, nicht ersetzen.

Es fragt sich, wie weit diese Schranken gehen. Um dieselben festzusetzen, bezieht sich der Kläger auf den Pl.-Beschl. ObTr. 23 S. 252 ff. Der Tenor dieses Beschlusses beschäftigt sich mit der Immission und zwar mit der Immission von Dämpfen, welche durch Fabrikanstalten auf benachbarte Grundstücke sich verbreiten. Daß die Aufführung des Eisenbahndammes und der Eisenbahnbrücke zu den Immissionsanstalten gerechnet werden könne, läßt sich nicht behaupten, da viel-

---

sie nicht beabsichtigt, für Nachtheile nicht blos für das Eigenthum, sondern auch für den Gewerbebetrieb der Adjazenten, nicht blos aus der Enteignung und aus der Anlage, sondern auch aus dem Betriebe des Unternehmens führen. In den unt. Nr. 210a. registrirten Erk. des RG. ist dies auch bei den an der Enteignung betheiligten Adjazenten mit dem aus § 31 deduzirten Satze abgelehnt, daß der Nachtheil mit der Enteignung an sich und für dieses Unternehmen in Zusammenhang stehen müsse, ohne die Enteignung nicht eingetreten sein würde. Weiter geht nach der Begründung Erk. b., insofern es dem Unternehmer auch gegen den nicht enteigneten Eigenthümer (um so mehr also gegen den enteigneten Eigenthümer) für Nachtheile aus der Anlage (nicht aus dem Unternehmen) verantwortlich macht, welche durch die im § 14 gedachten Einrichtungen hätten verhindert werden können. In dem Erk. scheint übrigens der Fall wie in StrA. 78 S. 125 unt. Nr. 147, Bd. 1 S. 739, so gelegen zu haben, daß sehr wohl eine Immission des Hochwassers durch die Anlage angenommen werden konnte, in welchem Falle sich die Entschädigungspflicht aus dem PlPräj. 2382, Bd. 1 S. 736, rechtfertigen würde. In StrA. 8 S. 337, 340 unt. Nr. 132, Bd. 1 S. 613, u. unt. Nr. 147, Bd. 1 S. 742 (Ruin eines Blutegelteichs durch die Erderschütterung), ist wieder angenommen,

mehr die Klage dahin geht, daß diese Anstalten den Abfluß und die Ausbreitung des Wassers verhindern. Die Motive des Beschl. enthalten allerdings eine Stelle, welche möglicherweise zu Gunsten des Klägers gedeutet werden könnte. Es heißt daselbst:

„Die Regel des § 26 wird durch den § 27 beschränkt. Dadurch wird aber u. s. w. (vgl. Bd. 1 S. 741).

Es mag dahin gestellt bleiben, ob die in diesen Motiven niedergelegte Interpretation der §§ 25 bis 28 I 8 ALR. als eine allgemeine Beifall finden kann oder nicht. Wie der Schluß zeigt, bezieht sich dieselbe auf die Lehre von der Immission körperlicher Substanzen. Daß derjenige Nachbar, welcher auf seinem Grundstücke Veränderungen vornimmt, auch außerhalb den Fällen der Immission, seinen Nachbar entschädigen müsse, wenn dieser dadurch in der bisherigen Benutzung seines Grundstückes behindert oder beschränkt wird, kann nicht behauptet werden.

Das Gegentheil ergiebt sich daraus, daß die Gesetze theils allgemein, theils in besonderen Fällen dem Eigenthümer in seinem Nutzungsrechte, dem Nachbar gegenüber bestimmte Schranken auflegen. Die Entziehung von Luft, Licht und Wasser durch Vorrichtungen auf eigenem Grund und Boden ist nur insofern rechtswidrig, als der Eigenthümer in dieser Hinsicht eingeschränkt ist. Wer dem Blumengarten des Nachbars durch Aufrichtung von Baulichkeiten die Sonne entzieht und dadurch die bisherige Benutzungsart beeinträchtigt, ist nicht schuldig, den dem Nachbar dadurch entstehenden Nachtheil zu ersetzen.

Im Allg. verordnen darüber die §§ 185, 186 I 8 ALR. Hier ist klar vorgeschrieben, wie weit der eine Nachbar der Erhöhung des Grund und Bodens des anderen Nachbars widersprechen darf. Ein Fall dieser Art liegt hier aber nicht vor.

Allerdings kommt es darauf an, ob und welche besondere Gesetze dem Verlangen des Klägers zur Seite stehen möchten. Als solche spezielle Vorschriften werden die §§ 1 bis 3 des Ges. über das Deichwesen v. 28. Jan. 1848 angerufen. In der That ist in denselben verordnet, daß Deiche oder ähnliche Erhöhungen der Erdoberfläche, welche die Ausbreitung der zeitweise aus ihren Ufern tretenden Gewässer beschränken, in ihrer ganzen Breite, welche das Wasser bei der höchsten Ueberschwemmung einnimmt, (Inundationsgebiet) nicht anders, als mit ausdrücklicher Genehmigung der Regierung neu angelegt, verlegt, erhöht, sowie ganz oder theilweise zerstört werden dürfen. Die Zuwiderhandelnden sind mit Strafen, und, wenn es erforderlich ist, mit der Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes bedroht. Allein hier handelt es sich um die Anlage einer Eisenbahn. Das für dergleichen Unternehmungen gegebene Spezialgesetz kann daher nur die Richtschnur abgeben. Bei einem Unternehmen solcher Art entscheidet das Handels-Ministerium über die Bahnlinie und deren vollständige Durchführung im Einzelnen (§ 1, 4 Ges. v. 3. Nov. 1838). Die Regierung soll darauf wachen, daß der Unternehmer alle Einrichtungen trifft und unterhält, welche an Wegen, Ueberfahrten, Triften, Einfriedigungen, Bewässerungs- oder Vorfluths-Anlagen u. s. w. nöthig sind, damit die benachbarten Grundbesitzer gegen Gefahren und Nachtheile in Benutzung ihrer Grundstücke gesichert werden (§ 14 a. a. O.). Daß die Regierung den Anlagen der Eisenbahngesellschaft ihre Genehmigung versagt habe, ist nicht behauptet, und in der Natur

---

daß die Entschädigungspflicht einer Eisenbahn nicht weiter gehe, als bis zu den Grenzen, wo sie nach allgem. Grundsätzen eintritt, daß durch die gesetzlich erlaubte und bestimmungsmäßige Benutzung der erworbenen Sache niemals ein Eingriff in die Rechtssphäre des Veräußernden (des enteigneten Eigenthümers) eintreten kann, der nach § 318 I 5; § 124 I 11 dafür hafte, daß der Erwerber sich der Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages bedienen könne. Ebendarauf beruht Erk. c. u. StrA. 91 S. 61 unt. Nr. 147, Bd. 1 S. 741, 742. In StrA. 99 S. 105 ist dann wieder aus § 14 des EisenbGes. gefolgert, daß der Unternehmer verpflichtet, alle Anlagen zu machen, welche dazu dienen, den Adjazenten vor Benachtheiligung in der bisherigen Benutzung zu schützen, ev. den Nachtheil zu ersetzen. In diesem Falle war der Weg vor einer Mühle zum Zweck einer Eisenbahnanlage erheblich erhöht, Rampen vom Wege nach der Mühle angelegt, dem Müller durch die Erhöhung der Wind zum Theil entzogen und der Verkehr nach der Mühle erschwert. Hier ist dem Müller Entsch. auch für die Windentziehung zugesprochen trotz § 247 II 15. V. v. 18. Nov. 1819 (GS. S. 250). Anders lag StrA. 98 S. 329, wo eine Eisenbahngesellschaft zum Zwecke der Unterführung

der Verhältnisse nicht begründet. Es kann auch dahin gestellt bleiben, ob die Grenznachbaren befugt sind, im Rechtswege bestimmte Anlagen zu verlangen, welche die mit der Aufsicht der Bahnanlage betraute Regierung nicht für nöthig erachtet hat. Allein aus dem § 14 ergiebt sich der Satz, daß die Eisenbahn-Unternehmer, den anliegenden Grundbesitzern gegenüber, schuldig sind, solche Einrichtungen zu treffen, gleichviel ob die Regierung dergleichen Einrichtungen speziell angeordnet hat, daß die anliegenden Grundbesitzer in der bisherigen Benutzung ihrer Grundstücke nicht benachtheiligt werden.

Es ergiebt sich dies aus dem wesentlichen Sinne der gesetzlichen Vorschrift, welche ihre Bestärkung darin findet: daß die Eisenbahn-Unternehmer, wenn auch auf Kosten der betheiligten Grundbesitzer, selbst nach Eröffnung der Eisenbahn solche Anlagen treffen müssen, die erst nachher durch eine mit den benachbarten Grundstücken vorgehende Veränderung nothwendig werden. Zugleich entspricht die den Eisenbahn-Unternehmern auferlegte besondere Verpflichtung theils den mit den Eisenbahnanlagen speziell verknüpften Benachtheiligungen der Adjazenten, theils den gegen die letzteren ihnen noch besonders eingeräumten Rechtsbefugnissen. (§ 9, 10 a. a. O.) Die Verklagte war hiernach nicht berechtigt, die Eisenbahn so anzulegen, daß dadurch die angrenzenden Gutsbesitzer in der bisherigen Benutzung ihres Eigenthumes beeinträchtigt wurden. Hat sie es dennoch gethan, so ist sie zum Schadensersatze verbunden, und der in dieser Beziehung obwaltende Rechtsstreit ist vom Rechtswege nicht ausgeschlossen.

Gründe: c. Die Kläger gründen ihren Anspruch theils auf die speziellen Bestimmungen des Ges. v. 3. Nov. 1838, insbesondere auf die §§ 14, 20, theils auf die allg. gesetzlichen Vorschriften über Aufopferung der Rechte und Vortheile Einzelner zum gemeinen Wohle und die dadurch eintretende Verpflichtung zur Entschädigung (§§ 74, 75 Einl.).

Der Fall einer aus der Enteignung unmittelbar entsprungenen Entschädigungsverbindlichkeit liegt nicht vor, da den Klägern zum Zwecke der Anlegung der von der Verklagten erbauten Eisenbahn kein Eigenthum entzogen ist. Denn es steht fest, daß der Tunnel nicht auf den Grundstücken der Kläger, wo die Irrenanstalt B. mit den trockengelegten Wasserbehältern und den versiegten Quellen sich befindet, sondern in dem benachbarten, den Klägern nicht gehörigen Gebirge angelegt ist. Der § 14 des Ges. v. 3. Nov. 1838 dehnt allerdings die Verpflichtung der Eisenbahnen zur vollständigen Entschädigung dahin aus, daß er dieselben im Interesse der benachbarten Grundbesitzer, sie mögen von einer Eigenthumsentziehung betroffen sein oder nicht, zur Herstellung und Unterhaltung derjenigen Anlagen für verbunden erachtet, welche die Regierung nöthig findet, und nach dem Pl.Beschl. Präj. 2313, ObTr. 21 S. 177*) erleiden auch durch die vorausgesetzte Beschlußnahme der Regierung sonst begründete Rechte der Adjazenten zum Vortheile der Eisenbahngesellschaften keine Aenderung und Beschränkung.

---

*) Erk. a.

---

einer Chaussee unter ihren Bahndamm dieselbe mit staatlicher Genehmigung so tief gelegt, daß dem Fuhrwerk das Vorfahren und Anfahren zu dem an der Chaussee belegenen Gasthof unmöglich gemacht wurde. Hier ist die Entsch. dafür zugebilligt, weil die Tieferlegung der Chaussee für die Zwecke der Eisenbahn erfolgt; übrigens war dem Gastwirth in diesem Falle ein Stück seines Areals behufs Anlegung der Chausseerampen enteignet. In RG. 7 S. 266 endlich, wurde Entschädigung von einem Adjazenten dafür gefordert, daß die Bahn so nahe an sein Grundstück gelegt, daß seine Gebäude durch den Betrieb gefährdet, die Feuerversicherung ihm versagt worden, seine Gebäude durch die Erschütterung beschädigt, ihm der Umbau nur unter der Bedingung des Verzichts auf jede Entschädigungsforderung gegen die Eisenbahn gestattet. Das RG. (5. Sen.) hat in diesem Falle gegen den 2. Richter die Entschädigungspflicht angenommen, weil nach § 14 des EisenbGes. Entschädigung für unmittelbare und mittelbare Werthsverminderung, wobei auch Baubeschränkungen zu berücksichtigen, zu leisten. Dabei ist auf Erk. b. u. StrA. 99 S. 105 (oben) Bezug genommen. Ausgegangen ist aber davon, daß kein Eigenthümer sich Immission durch Feuerfunken und Erschütterung gefallen zu lassen

Allein damit ist noch keine unbedingte Verpflichtung zur Entschädigung aller benachtheiligten Grundbesitzer ausgesprochen, vielmehr wird, wie in den Gründen des Pl.Beschl. näher ausgeführt ist, vorausgesetzt, daß die Entschädigungsansprüche der Grundbesitzer an sich, abgesehen von dem Ges. v. 3. Nov. 1838, rechtlich begründet sind.

Auch der § 20 des Ges. legt den Eisenbahngesellschaften keine besondere Entschädigungsverbindlichkeit auf, er bestimmt nur, daß die Gesellschaften da, wo Entschädigung zu gewähren ist, infolge des ihnen verliehenen Enteignungsrechtes als Verpflichtete an die Stelle des Staates treten, indem sie für alle Ansprüche für verhaftet erklärt werden, welche auf Grund der Bahnanlage an den Staat gemacht und entweder von ihnen anerkannt oder unter ihrer Zuziehung richterlich festgestellt werden.

In dem Ges. v. 3. Nov. 1838 findet mithin der Anspruch der Kläger keine Begründung, und es fragt sich nur, ob er nach allg. Rechtsgrundsätzen gerechtfertigt ist. Dies muß verneint werden. Unwesentlich ist, worauf die Kläger das entscheidende Gewicht legen, daß der Verklagten Eigenthum an dem von dem Tunnel durchschnittenen Grunde und Boden nicht zusteht, dies wenigstens von ihr nicht geltend gemacht ist. Es ist anzunehmen, daß die Verklagte sich mit dem Grundeigenthümer über die Anlage gütlich geeinigt oder daß sie durch Enteignung das Recht dazu erlangt hat. Wäre dies auch nicht der Fall, so würden die Kläger aus einer Handlung, die dem Eigenthümer des Grundes und Bodens gegenüber als widerrechtlich angesehen werden müßte, doch für sich nichts herleiten dürfen und wegen Kränkung ihrer Rechte und Eingriffe in ihr privates Eigenthum nur diejenigen Ansprüche zu erheben berechtigt sein, welche ihnen gegen den Eigenthümer erwachsen sein könnten, wenn er selbst die Anlage gemacht hätte. Weiter als die Entschädigungsverpflichtung des Eigenthümers kann die der Verklagten nicht gehen. Die Befugniß des Eigenthümers, auf seinem Grunde und Boden Erdarbeiten vorzunehmen, selbst wenn dadurch unterirdische Wasserzuflüsse und Quellen dem Nachbar abgeschnitten worden, läßt sich nicht bezweifeln. Der Regel nach ist, wer nur sein Recht ausübt, zum Ersatze eines dabei entstandenen Schadens nicht verpflichtet; jeder Gebrauch des Eigenthumes ist erlaubt, durch welchen weder wohlerworbene Rechte eines Anderen gekränkt, noch die gehörigen Schranken überschritten werden, und Einschränkungen des Eigenthumes müssen durch Natur, Gesetze oder Willenserklärungen bestimmt sein. (§ 94 Einl., § 36 I 6, §§ 26, 15 I 8 ALR.) Einen Unterschied, ob der Eigenthümer einen gewöhnlichen oder außergewöhnlichen, ihm allein Vortheil bringenden Gebrauch von seinem Eigenthume macht, stellt das Gesetz nicht auf. Dem Eigenthümer stehen an sich alle Befugnisse zu, welche aus der Unbeschränktheit und Ausschließlichkeit des Eigenthumes folgen. Schon nach röm. R. hatte er über das auf seinem Grundstücke sich ansammelnde oder entspringende Wasser die freie Verfügung, wie über den Grund und Boden; das Wasser wurde als Theil der letzteren angesehen (l. 11 D. 43, 24, l. 4 D. 43, 20). Das ALR. geht von demselben Grundsatze aus. Die Grabung eines

---

brauche, die neg. hier nur ausnahmsweise gegen die Bahn ausgeschlossen sei, an ihre Stelle die Entschädigung trete. Vgl. unt. Nr. 147, Bd. 1 S. 743, und auch dagegen StrA. 7 S. 263, das. S. 744, 745.

Die Praxis ist danach von einer sicheren Handhabung des § 14 weit entfernt. Der enteignete Eigenthümer wird nach § 14 in Verbindung mit §§ 8, 31 des Ges. Entschädigung für allen Nachtheil aus Enteignung und Anlage fordern können, auch wenn ihm die neg. gegen einen andern Eigenthümer nicht zugestanden haben würde, also auch im Falle des Erk. c., wenn die Anlage auf dem enteigneten Areal die nachtheilige Folge der Wasserentziehung hat. Dem bei der Enteign. nicht betheiligten Adjazenten wird ein Entschädigungsanspruch wegen Nachtheile aus der Anlage zustehn, nicht blos wenn ihm die neg. wegen Eingriffs gegen jeden Eigenthümer zugestanden haben würde, sondern auch dann, wenn auch ohnedies der Nachtheil durch zweckdienliche Einrichtungen zu vermeiden gewesen wäre. Darüber hinauszugehn ist bedenklich.

Vgl. übrigens StrA. 63 S. 347 unt. Nr. 210a.

Brunnens auf eigenem Grunde und Boden ist gestattet, wenngleich dadurch dem Nachbar Wasser entzogen wird, sofern dieser nur kein besonderes Untersagungsrecht erworben hat (§ 130 I 8).

Mit diesem Rechte muß es dem Eigenthümer freistehen, auf seinem Grundstücke einen Tunnel anzulegen, durch welchen den anliegenden Grundbesitzern unterirdische Wasserzuflüsse abgeschnitten werden. Die Verklagte hat sich hiernach lediglich der Rechte des Eigenthümers bedient.

Die Kläger hingegen haben ein besonderes, ihnen für ihre Grundstücke gegen das benachbarte zustehendes Recht, das verletzt sein könnte, nicht nachgewiesen. Daß ihre Grundstücke an dem Abhange des Gebirges liegen, aus welchem vermöge der Lage und Beschaffenheit ihren Wasserbehältern und Quellen bis dahin Wasser zugeflossen sein soll, berechtigt sie allein noch nicht, die Fortdauer dieses Zustandes zu verlangen; es müßten Umstände hinzugetreten sein, durch welche dem bestandenen Verhältnisse der Charakter der Rechtsausübung beigelegt wäre und durch welche die bisher zufällig genossenen Vortheile zu wirklich berechtigten sich gestaltet hätten. Ohne Weiteres kann weder von der Kränkung eines besonderen Rechtes, noch von einem unbefugten Eingreifen in das Eigenthum der Kläger im Sinne des PlBeschl. ObTr. 23 S. 252*) die Rede sein. (Vgl. StrA. 91 S. 61.)**)

Da auch die singuläre Vorschrift des Bergrechtes im § 148 des Berggeſ. v. 24. Juni 1865 auf Anlegung eines Eisenbahntunnels keine Anwendung leidet, so fehlt dem Anspruche der Kläger jede rechtliche Grundlage und mußte deshalb das abweisende Urtel zweiter Instanz bestätigt werden.

*) Bd. 1 S. 736.
**) Bd. 1 S. 741, 742 unt. Nr. 147.

Nr. 211. §§ 376—381, 382—389; Anh. §§ 16, 17; §§ 390, 393, 401. Cession. Begriff. Cession und pactum de cedendo. Verhältniß beider.*)

a. Präj. 1345 v. 30. Sept. 1843; ObTr. 9 S. 213.
b. Erk. v. 5. Juli 1851; ObTr. 21 S. 351 (StrA. 2 S. 228).
c. Erk. v. 8. Sept. 1864; StrA. 55 S. 217.

Im Falle a. klagte A. gegen B. auf Zahlung für gelieferte Hölzer. B. hatte vorher einseitig an A. eine Hypothek cedirt und in der Cession erklärt, dass er die Valuta durch Lieferung von Hölzern erhalten, die Cession und das Dokument an A. übersandt, der es behalten. Darauf stützte B. den Einwand der Befriedigung mit der Behauptung, dass mündlich verabredet worden, die Cession solle zur Bezahlung der Hölzer erfolgen. Der 2. Richter nahm an, dass diese mündliche Abrede unverbindlich. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte A. nach vorangegangener Abrede mit B. demselben in einer einseitig ausgestellten schriftlichen Erklärung Hypotheken cedirt, die Erklärung dem B. ausgehändigt, B. 175 Thlr. auf die Valuta abschläglich an A. gezahlt. Als die Hyp. ausfiel, trat B. zurück und klagte auf Rückzahlung der 175 Thlr. gegen Rückgabe der Dokumente, weil er sich nicht schriftlich verpflichtet. Der 1. Richter wies ab, weil B. die ausgefallenen Hypotheken nicht zurückgewähren könne, §§ 159 ff. I 5, der 2. Richter ver-

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 328, 329, 335; Dernburg 1 § 325; 2 §§ 80, 81, 84 II; Förster (Eccius) 1 § 99; 3 § 199a. — Unter Nr. 33, Bd. 1 S. 120, Nr. 194, Bd. 2 S. 45, 46 u. in dem Erk. a. Nr. 204, Bd. 2 S. 151 ist bereits darauf hingewiesen,

urtheilte, das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hatte A. die Versichrungsgelder eines von ihm erworbenen, vorher abgebrannten Gebäudes an B. cedirt und forderte die mündlich verabredete Valuta, wogegen B. einwendete, dass A. nicht aktiv legitimirt, weil er nicht Inhaber der Forderung, und dass die Valuta nur mündlich verabredet. Der 2. Richter wies deshalb ab, das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Betrachtet man den Zusammenhang der Sache, so ist es klar, daß keineswegs die Rechtsbeständigkeit des Cessionsgeschäfts allein es ist, worauf es hier ankommt, sondern daß vielmehr die Art und Weise, wie die Cessions-Valuta berichtigt werden sollte, das Moment enthält, von welchem es abhängt, ob die alte Verbindlichkeit aufgehoben worden. Dies enthält das von dem Verklagten ausgestellte und der klagenden Handlung zugestellte Cessions-Instrument wirklich, und die Frage ist daher: ob durch dasselbe die Cession, wie sie behauptet worden, in der That bewirkt worden sei.

Der App.-Richter hat die Frage zunächst deshalb verneint, weil er, an die Begriffsbestimmung im § 376 I 11 ALR. sich haltend, ein vorausgegangenes und wegen des Betrags der betreffenden Forderung hier schriftlich zu errichtendes pact. de ced. vermißte. Der citirte § enthält nämlich: „Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen." Um die eigentliche Bedeutung dieser Begriffsbestimmung zu erkennen, muß man solche mit dem § 393 ebend. in Verbindung bringen, worin es heißt: „Durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein solle, und durch die Annahme dieser Erklärung geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über." Diese Vorschrift zeigt nämlich ganz deutlich, daß die Begriffsbestimmung des § 376 nicht den Sinn hat, einen besonderen Vertrag vorauszusetzen, der an und für sich rechtsbeständig sein müßte, weil ja sonst, nähme man die Nothwendigkeit eines vorausgehenden pact. de ced. in an sich verpflichtender Form an, nicht die bloße Erklärung der Abtretung des Rechts und die Annahme seitens des Anderen die Uebertragung des betreffenden Rechts bewirken könnte, wie dies doch nach § 393 der Fall ist. Hiernach ist durch die Aeußerung im § 376 nur auf den gewöhnlichen Hergang hingedeutet, daß es ohne vorgängige Verständigung nicht zu einer Cession kommen werde, so wie denn auch die Vorarbeiten des ALR. (Ges.Rev.Pens. 14 zu I 11 S. 66) ersehen lassen, daß nur diesem Gedankengange zu Gefallen die erwähnte Definition aufgestellt ist, die nach der revisio monitorum auf der Aeußerung von Suarez beruht: „Um akkurat zu sprechen und Chikanen gegen die Definition zu vermeiden, muß man nicht sagen: die Cession der Rechte ist ein Vertrag u. s. w.,

---

daß nach der Auffassung des ALR. die Cession der Akt der Eigenthumsübertragung an Forderungsrechten ist, §§ 377, 393 h. t., und als solcher der Tradition, Uebergabe als Akt der Eigenthumsübertr. an körperlichen Sachen gleichsteht. Dadurch wird das Verhältniß der Cession zum pact. de ced. im Sinne § 376 h. t. bestimmt. Wie bei der trad. der vorangegangene titulus für den modus der trad. nur insofern erforderlich und von Bedeutung, als er die Bedeutung des Eigenthumsübertragungs- und Erwerbswillens in der trad. bestimmt und erkennen läßt, Windscheid 1 § 172_{16a}, so hat der in § 376 h. t., womit §§ 378, 381 zu verbinden, bezeichnete Vertrag über die Ueberlassung, das p. d. c., für die Cession nur die Bedeutung der Erkennbarkeit der Bedeutung der Cession als Eigenthumsübertragungsakts. Im Uebrigen haben beide ihre selbstständige Wirkung nebeneinander. Die formgültige Cession, § 394 h. t. Nr. 211a., überträgt das Eigenthum, wenn der Cedent es hat übertragen, der Cessionar erwerben wollen. Die Cession ist Erfüllung des p. d. c., enthält aber zugleich alle Elemente eines Vertrages im Sinne § 1 I 5 selbst, wenn auch nicht eines obligatorischen, doch dinglichen Vertrages, RG. 8 S. 255, 257; 10 S. 177, 200, 201; ObTr. 83 S. 108 (gem. R.); StrA. 88 S. 222. Für diese Auffassung ist das Erk. a. von grundlegender Bedeutung; dieselbe tritt auch im Erk. b. hervor. Daß sie im Erk. c. zum Theil verlassen, darüber weiter unten.

Aus dieser Natur der Cession ergiebt sich als Konsequenz zunächst, daß es neben dem

sondern die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus. Denn Cession ist eigentlich traditio des Rechts, oder die Handlung selbst, wodurch das Eigenthum des Rechts dem Anderen übertragen wird." Die in dieser Bemerkung hervortretende theoretische Gleichstellung der obligatorischen Rechtsbeziehungen mit den Rechtsverhältnissen der Sachen, insoweit es dabei auf die Zuständigkeit daraus sich ergebender Rechte ankommt, wodurch man dazu geführt wird, für den wirklichen Uebergang auch eines Forderungsrechts eine vorausgehende Ursache aufzusuchen, hat die erwähnte Definition hervorgebracht, bei der man gar nicht beabsichtigte, dem längst bekannten Rechtsgeschäfte der Cession bisher nicht für rechtlich nothwendig erachtete Vorgänge als Requisite des Zustandekommens zur Voraussetzung zu geben; wie sich dies am unzweideutigsten, wie eben erwähnt, aus dem § 393 ergiebt. Ein besonderes und zwar bei 50 Thlr. übersteigender Cessionssumme gar schriftlich errichtetes pact. de ced. als Bedingung einer gültigen Cession zu betrachten, ist daher ebenso unrichtig, als dem eben erwähnten § 393 widersprechend. Dagegen darf auf der anderen Seite ebensowenig verkannt werden, daß das Rechtsgeschäft der Cession kein einseitiges ist, und daß also nicht der Wille des Cedenten allein es sein kann, der den Cessionar verpflichtete, sich auf die von dem Cedenten erklärte Abtretung einzulassen. Insofern stimmt daher auch die Ansicht, die in jener Definition des § 376 enthalten ist, mit den obwaltenden Verhältnissen völlig überein: daß nämlich die Ausstellung der Cessionsurkunde, dieser einseitige Akt, der Regel nach als die Ausführung einer Verständigung, die über das vorzunehmende Geschäft vorher eingegangen wird, gedacht werden muß. Die Rücksicht hierauf läßt denn auch den wesentlichen Unterschied hervortreten, welcher mit der Existenz einer Cessionsurkunde in der Hand des darin bezeichneten Cessionars verbunden ist, je nachdem dieser dem Schuldner gegenüber, oder in Beziehung auf den Cedenten betrachtet wird. Dem Schuldner gegenüber muß dieser Besitz als die erfolgte Vollziehung der Uebereinkunft gelten, welche in dem Akt der Cession ausgedrückt ist, weil sich hier mit der Erklärung der Abtretung Seitens des Cedenten zugleich die Annahme der Cession Seitens des Cessionars verbindet, die eben aus der Geltendmachung des cedirten Rechts sich ergiebt. Ob dagegen daraus, daß sich das Instrument über eine Forderung nebst einer Cessionsurkunde des Gläubigers in den Händen des in letzteren bezeichneten Cessionars befindet, bereits so viel folgt, daß das betreffende Rechtsgeschäft auch in der That so vorgegangen, wie die Cessionsurkunde lautet, ist eine ganz andere Frage. Um dieselbe bejahen zu können, muß ein Moment vorliegen, aus dem sich entnehmen läßt, daß eine Einwilligung des Cessionars in das betreffende Rechtsgeschäft stattgefunden habe. Wenn nichts weiter vorgegangen, als die Zusendung der fraglichen Urkunden und die ohne weitere Erklärung eingetretene Zurückbehaltung derselben durch den in dem Cessions-Instrument

---

formgültig erklärten Eigenthumsübertragungswillen, der begrifflich daraus nicht folgt, daß A. nur anerkennt, daß dem B. ein Recht zusteht, welches ihm selbst zusteht, StrA. 4 S. 158, 161, für die Wirkung der Eigenthumsübertragung nichts weiter bedarf, als des Erwerbswillens des Cessionars. Daß letztrer vorhanden sein muß, folgt aus der Natur der Cession als Vertrag. Für die Erklärung des Erwerbswillens bedarf es aber, wie Erk. b. nachweist und worauf schon unt. Nr. 75 Bd. 1 S. 288, 289 hingewiesen, keiner besondren Form, vgl. Erk. b. Nr. 111b., so wenig auch, Erk. a., bloßes Stillschweigen genügt. Der gegenseitige Wille, § 1 I 5, muß vorhanden sein, d. h. der Uebertragungswille dem Cessionar gegenüber erklärt und diese Erklärung angenommen sein, RG. 4 S. 225. Zweifellos genügt deshalb aber auch nach den allgem. Grundsätzen über die Perfektion der Verträge, Nr. 60, 75, nicht die einseitige Cessionserklärung des Cedenten vor dem Notar, wenn der Cedent, der schenken will, Cession und Schuldurkunde in Händen behält, ObTr. 2 S. 260, oder die Erklärung mit der Schuldurkunde dem Cessionar ohne Auftrag des Cedenten zugestellt ist. So StrA. 19 S. 47, wo A. vor Notar an B., der dabei nicht zugegen war, eine Hyp. cedirt, Cession und Urkunde in den Händen des Notars geblieben und von diesem nach dem Tode des A. dem B. ausgehändigt war, ohne daß Auftrag zur Aushändigung vorlag. Die Klage der Erben des A. auf Rückgabe gegen B. ist durchgedrungen. § 80 der Grundb.O. will nichts Abweichendes besagen. Ebensowenig ist aber die Anwesenheit des Cessionars bei der Cession

bezeichneten Cessionar, der die Zusendung empfing, so wird es darauf ankommen: ob in solchem Stillschweigen eine Einwilligung in das Geschäft, welches demnach als ein nur angebotenes erscheint, ohne daß etwas über eine vorausgegangene Verständigung konstirte, wirklich liege. Dies würde sich nur alsdann annehmen lassen, wenn eine Verbindlichkeit anzuerkennen wäre, auf einen angetragenen Vertrag zu antworten. Dies muß nun im Allgemeinen geradehin verneint werden, da Niemand die Freiheit eines Anderen zu beeinträchtigen berechtigt ist, also auch nicht ihm den Zwang auflegen kann, sich zu erklären; § 26 I 3.

Damit steht auch in Uebereinstimmung, was § 61 I 4 ALR. enthält: „Bloßes Stillschweigen wird nur alsdann für Einwilligung geachtet, wenn der Schweigende sich erklären konnte und vermöge der Gesetze dazu verbunden war." Eine solche Verbindlichkeit sprechen aber die Gesetze nirgends aus. In den von der Akzeptation von Versprechungen handelnden §§ 78—108 I 5 ALR. kommen zwar Fristbestimmungen für die Annahme von Anerbietungen vor; allein der fruchtlose Ablauf jener Fristen hat nur die Folge, daß der Antragende zurücktreten kann, § 103, keineswegs also, daß der Befragte durch sein Stillschweigen als Annehmender behandelt werden soll. Nun sagt zwar § 81, auf den der App.-Richter Bezug nimmt: daß Handlungen, welche die Annahme eines Versprechens voraussetzen, einer ausdrücklichen Annahme gleichgeachtet werden; allein eine bloße Unthätigkeit ist keine Handlung. Wer eine Zusendung, die ihm unverlangt zukommt, liegen läßt, verrichtet dadurch keine Handlung; eine bloße Passivität ist der Gegensatz einer Thätigkeit, und ohne eine solche läßt sich eine Handlung nicht denken.

Aus diesem Allen folgt, daß daraus, daß der Verklagte dem Kläger eine Cessionsurkunde zusendete und sich darin als durch die Holzlieferungen, die auf Kaufkontrakte beruhten, wegen der Valuta Cessionis für befriedigt erklärte, weder überhaupt das Zustandekommen des Cessionsgeschäfts, noch aber die Einwilligung des Klägers in die Umwandlung des Anspruchs aus dem Kaufkontrakte sich folgern läßt. Das bloße stillschweigende Zurückbehalten der übersendeten Urkunden enthält keine Handlung, woraus eine Annahme des Anerbietens hervorginge. Es ist danach auch völlig gleichgültig, daß der Kläger sich vorgestellt hat, die ihm zugesandten Dokumente als Faustpfand zurückbehalten zu wollen, indem er dieser seiner Ansicht nirgends durch Handlungen eine Folge gegeben hat.

Anders stellt sich aber die Sache dar, wenn die Cessionsurkunde nebst der Art, wie die Cessions-Valuta berichtigt werden sollte, in Folge einer vorausgegangenen mündlichen Verabredung ausgestellt war; denn alsdann läßt sich die ganze Handlung als die Erfüllung eines mündlich geschlossenen Vertrags auffassen, welcher wegen der stattgehabten Erfüllung, nach § 146 I 5 ALR. der Anfechtung, daß schriftliche Abfassung nothwendig gewesen, sobald solcher bewegliche Sachen betrifft, hier deshalb entzogen wäre, weil

---

erforderlich, wenn nur die Erklärung dem Cessionar nachträglich zugegangen und von ihm angenommen, Erk. a. u. b. Ob solche Annahme vorliegt, zu der die Aushändigung der Cessionsurkunde jedenfalls nicht erforderlich, vgl. Nr. 211a., aber auch allein nicht genügt, namentlich nicht bei Analfabeten, ist konkret zu prüfen, StrA. 14 S. 276.

Weitere Konsequenz ist, daß aus der Cessionserklärung über das p. d. c., namentlich über die Valuta nichts zu erhellen braucht, Erk. a.; ObTr. 12 S. 204; 16 S. 253; StrA. 38 S. 166; 6 S. 274; 55 S. 217, daß es eines besonderen Cessionsvertrages, der in der Cession selbst enthalten sein kann und soweit er die Cession, die Erklärung des beiderseitigen Willens enthält, darin enthalten ist, überhaupt nicht bedarf, StrA. 88 S. 222, und daß namentlich die Formungültigkeit des p. d. c. die Wirkung der in der Cession enthaltenen Eigenthumsübertragung an sich gar nicht berührt. In letztrer Beziehung gilt Alles, was unter Nr. 89, Bd. 1 S. 367, unter Nr. 90, Bd. 1 S. 376 und in dem Erk. a. Nr. 181, Bd. 1 S. 1029 über die Bedeutung der mündlichen Verträge für den Eigenthumserwerb an bewegl. u. unbewegl. Sachen gesagt ist. Es ist deshalb unbedenklich und folgt direkt aus §§ 378, 1065, 1066, 1068 h. t., daß troß § 1063 h. t. über die gerichtl. Form der Schenkungsverträge durch eine nach §§ 393 ff. h. t. formgültige Cession das Eigenth. einer Forderung schenkungsweise übertragen werden kann, insofern sie die

nach § 7 I 2 ALR., Rechte als bewegliche Sachen betrachtet werden sollen. Wird daher mündlich verabredet, daß anstatt einer Forderung aus einem Kaufkontrakte eine Forderung aus einem Darlehne treten solle, wie hier geschehen sein würde, und der Schuldner hätte die erforderlichen Dokumente, um dies zur Ausführung zu bringen, ausgestellt, so läge die Erfüllung der mündlichen Verabredung vor, die den Gläubiger, der die betreffenden Dokumente annahm, verhindern müßte, davon wieder abzugehen. Hiernach würde die Eidesdelation erheblich erscheinen, die von dem Verklagten in zweiter Instanz dahin erfolgt ist, daß unter den Parteien vor Vollziehung der Cession wirklich die mündliche Verabredung stattgefunden habe, daß Kläger die qu. Obligation zu seiner Befriedigung wegen der dem Verklagten verkauften und noch zu verkaufenden Hölzer cedirt erhalten solle.

Gründe: b. Der App.-Richter nimmt an, daß die einseitig von dem Verklagten unterschriebene Erklärung v. 18/21. Dez. 1847 keine dem Kläger gegenüber verbindliche Cession sei, weil es ihr an einem Haupterforderniß, der schriftlichen Annahme seitens des Klägers, fehle. Indem er sich dabei auf § 394 I 11 ALR. stützt, erachtet er sogar Handlungen, aus denen gemäß § 81 I 5 a. a. O. eine stillschweigende Annahme der Cession geschlossen werden könnte, für nicht genügend. Er hält einen schriftlichen Vertrag für erforderlich. Da dieser nicht vorhanden sei, der Kläger auch die mündliche Abrede nur theilweise erfüllt habe, verstattet er diesen auf Grund der §§ 161 ff. I 5 zum Rücktritte von dem mündlichen Vertrage und zur Rückforderung des Gegebenen.

Mit Recht greift der Verklagte die Ansicht, welche der zweite Richter seiner Entscheidung zum Grunde gelegt hat, mit dem Vorwurf der Verletzung des Begriffs der Cession und der irrigen Anwendung des § 394 an.

Der App.-Richter schließt sich unverkennbar der Rechtsmeinung an, nach welcher die Annahme der Cession nicht blos zur Vollendung, sondern zum Begriff dieses Geschäfts gehört. Nur unter dieser Voraussetzung läßt es sich erklären, daß er die Schriftlichkeit der Annahme als eines wesentlichen Theils des Geschäfts für nothwendig erachtet, und daß er sich auf den § 394 bezieht. Diese Ansicht ist irrig und dem System des ALR. nicht entsprechend.

Nach dem ALR. ist die in den allgemeinen Bestimmungen I 2, von Sachen und deren Rechten, in den §§ 131, 132 I 9, von der Erwerbung des Eigenthums, in den §§ 1, 2 abgehandelte Lehre vom titulus und modus acquirendi, als den gesetzlichen Erfordernissen zur Erwerbung des Eigenthums überhaupt, auch auf die Abtretung der Rechte übertragen worden. In den §§ 376, 377 I 11 findet sich das pact. de ced. als Titel, und die Cession als Uebereignungs-Akt sehr bestimmt auseinander gehalten. Die Cession, als solche, ist deshalb kein Vertrag, sondern, wie Verklagter sie richtig bezeichnet, die Erfüllung einer vorgängigen Abrede, d. i. die Handlung, durch welche der für den einen Kontrahenten aus dem pact. de ced. entspringenden Verbindlichkeit von diesem Genüge geleistet

---

Uebergabe der geschenkten Forderung enthält, StrA. 3 S. 58; 9 S. 192; ObTr. 51 S. 121; 82 S. 16, 21; RG. 4 S. 225 u. A. zu I 11 §§ 1065 ff. Vgl. StrA. 70 S. 312 unt. Nr. 212.

Daneben behält aber das p. d. c. wie der tit. bei der Tradition seine selbstständige Bedeutung. Zunächst für die Erklärung und Bestimmung der Bedeutung des Cessionsakts. Ein Beispiel giebt ObTr. 56 S. 97 (StrA. 62 S. 262) unt. Nr. 201, Bd. 2 S. 138 über die Anwendung der Grundsätze vom pact. reserv. dom. bei der Cession. In ObTr. 17 S. 158 (Präj. 2087) ist § 230 h. t. angewendet und bei kaufsweiser Cession der Cedent zum Rücktritt und Verweigerung der Cession zugelassen, die gegen die ausgebliebene baare Zahlung der Valuta geschehen sollte. In StrA. 85 S. 138 hatte A. von einer Hyp. von 800 den Betrag von 200 an B. cedirt, der bei der Subhastation das Vorzugsrecht für sich verlangte. A. behauptete, daß mündlich verabredet, seine 600 sollten vorgehn. Beide Instanzen wiesen die Klage des A. ab, weil die behauptete Abrede als mündl. Nebenabrede, § 128 I 5, ungültig. Letzteres war an sich schon falsch, weil die Abrede offenbar den Hauptgegenstand des Vertrages betraf, d. h. was cedirt, das ObTr. hat aber auch umdeswillen vernichtet, weil die Instanzen das mündliche p. d. c., als dessen Theil die Abrede erschien, mit dem davon verschiedenen schriftlichen Cessionsakt verwechselt, der § 128 I 5 deshalb für diesen nicht anwendbar, die Bedeutung des mündl. p. d. c. nach §§ 155 ff. zu beurtheilen.

wird. Als Erfüllung war die Cession auch im vorliegenden Falle unzweifelhaft deshalb aufzufassen, weil die das pact. de ced. in sich schließende vorgängige Abrede wirklich vorhanden war. Die Annahme einer Erfüllung ist allerdings insoweit nothwendig, als überhaupt kein Rechtserwerb aus der Handlung eines Dritten ohne den Willen desjenigen, welcher erwerben soll, stattfinden kann. Darum erfordert auch der § 393 a. a. O. die Annahme von Seiten des Cessionars. Die Willensäußerung ist aber, soweit sie die Kraft einer gültigen Annahme haben soll, nirgends an eine bestimmte Form gebunden. Der § 394 daselbst, der die Schriftlichkeit der Cession als ein wesentliches Erforderniß der Gültigkeit der letzteren vorschreibt, bezieht sich nur auf die Erklärung des Cedenten. Das darin vorkommende Wort „Cession" ist im Sinne des § 377 a. a. O. aufzufassen. In dieser letzteren Bestimmung bezeichnet der Gesetzgeber die Handlung, durch welche das abzutretende, den Gegenstand des pact. de ced. bildende Recht dem anderen Kontrahenten wirklich übertragen wird, als Cession. Es ist hier an die Handlung des Cedenten als des Uebertragenden, gedacht worden. Ueber die Form der Annahme der Cession enthält diese Gesetzstelle keine Feststellung. Es ist daher nicht abzusehen, warum die allg. Grundsätze über die Beschaffenheit der Willenserklärungen überhaupt, behufs der Erwerbung von Rechten, im ALR. I 4 enthalten, nicht auch auf die Annahme der Cession anwendbar sein sollen. Diese Anwendung erscheint vielmehr vollkommen gerechtfertigt. Das ALR. bestimmt aber in §§ 58, 59, 60 I 4, in Verbindung mit § 81 I 5, daß schlüssige Handlungen, das heißt solche Handlungen, aus denen die Absicht des Handelnden, in einem Falle, wie er hier vorliegt, den auf Uebertragung resp. Erwerbung eines Rechts gerichteten Antrag eines Anderen annehmen zu wollen, mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, mit ausdrücklichen Willenserklärungen in der Regel gleiche Kraft haben sollen. Die Nothwendigkeit der schriftlichen Annahme ist in den Gesetzen für die Annahme der Cession nicht vorgeschrieben. Wenn, im klaren Gegensatze hiermit, der App.-Richter die Schriftlichkeit dieser Annahme wegen § 394 erfordert, so verletzt derselbe dadurch den Grundsatz: daß zur Annahme einer Cession im Sinne des § 394 Handlungen und stillschweigende Willenserklärungen genügen, und daß die schriftliche Erklärung des § 394 sich nur auf den Akt der Uebereignung, nicht auf den der Annahme bezieht.

Die hier als unrichtig bezeichneten Ansichten des zweiten Richters bilden die Grundlage seiner ganzen Rechtsausführung. Das Urtel ist daher hinfällig. Eine freie Beurtheilung der Sache führt auf die Bestätigung des ersten Urtels.

Die schriftliche Erklärung vom 18/21. Dez. 1847 enthält eine rechtsgültige Cession. Sie war auf Uebertragung des Eigenthums der Forderungen von Seiten des Verklagten an den Kläger gerichtet. Die Annahme der Urkunde seitens des Klägers bindet denselben an den Vertrag. Das Rechtsgeschäft ist gültig geschlossen worden. Kläger kann nicht für berechtigt erachtet werden, das von ihm auf Rechnung des Vertrages Gegebene zurück zu fordern. Sein Anspruch auf Rückzahlung von 175 Thlr., welche Verklagter geständlich empfangen hat, ist daher nicht begründet,

---

Die selbstständige Bedeutung des p. d. c. führt aber auch nothwendig dahin, daß es, wie es einerseits den Eigenthumsübergang auf Grund der Cession nach § 393 h. t. nicht hindert, wenn derselbe nur wirklich in Uebereinstimmung mit dem p. d. c. gewollt, andererseits doch hinsichtlich seiner obligatorischen Wirkungen ganz nach den allgem. Grundsätzen zu beurtheilen ist. Darauf beruht offenbar das Erk. a., wenn es die Cession als Erfüllung bei mündl. p. d. c. nach § 146 I 5 behandelt. Auch das voraufgeführte Erk. StrA. 85 S. 138 geht von der Anwendbarkeit der §§ 155 ff. I 5 aus. Daraus würde bei mündl. p. d. c., das schriftlich abzuschließen gewesen wäre, folgen, daß die nicht gezahlte mündl. verabredete Valuta nicht absolut, sondern nur relativ mit Vorbehalt des Rechts für den Cessionar, zurückzucediren, wenn er nicht zahlen will, gefordert werden kann. Vgl. StrA. 20 S. 205 unt. Nr. 89 Bd. 1 S. 368. (Alternative Klage nicht erforderlich.) Davon weicht Erk. c. direkt ab, indem es daraus, daß der Eigenthumsübergang durch die Cession wirksam erfolgt, die Ausschließung des Rücktritts des Cessionars ableitet. Daß dies mit den Grundsätzen der §§ 155 ff. I 5 u. den Rechtsgrundsätzen des ObTr. bei mündl. Verträgen über körperliche Sachen nicht harmonirt, ist klar, ebenso aber auch nicht ersichtlich, weshalb bei der Cession die Schriftlichkeit des Cessionsakts die mündl. Form des p. d. c. decken soll, wenn dasselbe nicht in die Urkunde über den Cessionsakt aufgenommen. Das ObTr. hat indessen in StrA. 8 S. 149; 32 S. 103;

und es erscheint deshalb die von dem ersten Richter erkannte Abweisung des Klägers gerechtfertigt.

Gründe: c. Die Klage ist diejenige des Cedenten gegen den Cessionar auf Zahlung der verabredeten Cessionsvaluta. Zu einer solchen Klage ist nur der Cedent kraft des Cessionsvertrages legitimirt, nicht der Inhaber des abgetretenen Rechts, der mit dem Cessionar in keinem Rechtsverhältnisse steht. Die Einwendung des Letzteren, daß dem Cedenten das abgetretene Recht noch nicht übertragen sei, kann der Valutenforderung des Cedenten gegenüber einen Gegenanspruch motiviren, sie ist aber nicht geeignet, den Streit mit dem Cedenten, der aus dem Vertrage seine Rechte verfolgt, als mit einem nicht Legitimirten abzulehnen. Es tritt noch hinzu, daß Verklagter die Cession angenommen hat, ehe ihm der Nachweis jener Uebertragung geliefert wurde, und daß nach vielen Versicherungs-Statuten, namentlich auch den provinzialständischen in Preußen, der Eigenthümer des abgebrannten Gebäudes aber immer für den Versicherten gilt, es also einer Einwilligung zur Uebertragung des Anspruchs an denselben in diesem Falle nicht einmal bedarf. Der Richter hat hier also das Wesen der Aktivlegitimation, zugleich den Begriff der Cession, § 376 I 11, und die allgemeine Vorschrift des § 382 von der Uebertragbarkeit der Rechte verkannt.

Der zweite Grund des App.-Richters wird in die Mündlichkeit der Verabredung über die Cessionsvaluta gesetzt, welche, weil nur von der einen Seite erfüllt worden, nach § 156 I 5 bei einem Streitobjekt über 50 Rthlr. den Vertrag als einen unverbindlichen darstellen soll. Dies ist dem in der Nichtigkeitsbeschwerde formulirten, vom ObTr. in konstanter Praxis ausgesprochenen Rechtsgrundsatze zuwider, nach welchem der Cessionar, wenn der Cedent die Cession gültig geleistet, und der Cessionar sie angenommen hat, auch die nur mündlich verabredete Valuta zahlen muß und nicht mehr zurücktreten kann. Es kann hier nur auf die in Bd. 32 S. 103, Bd. 50 S. 292 StrA. abgedruckten Entscheidungen verwiesen werden. Zwar setzt die Cession nach § 376 I 11 einen Vertrag, eine vorherige Verabredung über den Abtretungstermin eines Rechtes voraus. Dieser Vertrag bedarf aber zu Gültigkeit und Wirksamkeit der Uebertragung keiner besonderen schriftlichen Abfassung, sobald diese Uebertragung in der gesetzlichen Form geschehen ist. Nach § 393 geht durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein solle, und durch die Annahme dieser Erklärung das Eigenthum des Rechtes selbst auf den neuen Inhaber über, so daß es nur von diesem gegen den Dritten ausgeübt werden kann. Eine ausdrückliche Annahme des Cessionars ist dabei nicht einmal nothwendig, — vergl. StrA. 2 S. 228, im vorliegenden Falle fehlt es aber auch an einer solchen nicht. Ebenso ist der Vereinbarung einer Valuta gedacht, ja dieselbe ist, was freilich, wie Parteien einig sind, nur im Voraus geschah, als berichtigt, quittirt.

Der Betrag brauchte in der Cessions-Urkunde nicht angegeben zu werden, da

---

50 S. 292; 70 S. 312 an dem Grundsatze festgehalten, in StrA. 32 S. 130 u. 50 S. 292 allerdings unt. Heranziehung des Grundsatzes von Vertr. über Handlungen in § 165 I 5. Letzterer Gesichtspunkt ist im Erk. c. dahin gestellt, in dem Erk. c. Nr. 122, Bd. 1 S. 549 aus gutem Grunde direkt aufgegeben, denn das p. d. c. kann als Vertr. über Handl. im Sinne des ALR. nicht bezeichnet werden. Vgl. unt. Nr. 92, Bd. 1 S. 387, 388; OHG. 9 S. 209, 211; 11 S. 18, § 381 h. t.; §§ 242, 262, 263 I 16. In StrA. 14 S. 276 ist anscheinend abweichend auf § 146 I 5 verwiesen. Das RG. hat dagegen in einer Entsch. v. 18. Sept. 1884 in direktem Gegensatze die Anwendbarkeit der §§ 155 ff. I 5 bei mündl. p. d. c. angenommen. Dies muß als das allein Konsequente bezeichnet werden. Die gegentheilige Ansicht beruht offenbar auf der vom ObTr. selbst in dem Erk. 71 S. 31 (StrA. 90 S. 307) Nr. 212 gerügten Verwechslung der rechtl. Folgen des Cessions-, Eigenthumsübertragungsakts und des ihm zu Grunde liegenden p. d. c. Vgl. übrigens auch unt. Nr. 212 u. Erk. b. Nr. 212 über die Anfechtung des p. d. c. aus den für alle Willenserklärungen geltenden Grundsätzen.

Ueber die Fälle, wo die Verfügung des Richters (jetzt § 736 CPO.) oder die Vorschrift des Gesetzes (nothw. Cession, §§ 442 ff. h. t.) die Willenserklärung als tit. u. mod. ersetzt, vgl. Förster (Eccius) a. a. O. I b., c.

der § 392 dies nicht verlangt und der Betrag auch nach § 390 rücksichtlich der Perfektion des Geschäftes gleichgültig ist. Schreibt nun das Gesetz der in gehöriger Form geschehenen angenommenen Cession die unbedingte Wirkung zu, daß das Recht von dem Cedenten auf den neuen Inhaber übergeht, so wird eben dadurch jeder willkürliche Rücktritt des neuen Inhabers dem Cedenten gegenüber ausgeschlossen. Die Form der Uebertragung deckt hier zugleich diejenige der Verabredung über die Valuta, indem die Annahme der Uebertragung vom Gesetze als eine genügende Konstatirung der Existenz einer Verabredung über die Valuta angesehen wird. Ein solchergestalt perfekt gewordenes Geschäft kann der willkürliche Rücktritt des Cessionars nicht wieder aufheben. Der Fall ist analog der mündlichen Verabredung der Valuta eines Wechsels, welche durch die Schriftlichkeit des Wechsels gedeckt wird. Es ist also nicht einmal nöthig, wie in den früheren Deduktionen mitunter geschehen ist, auf den § 165 I 5 hinzuweisen und das pact. de ced. als einen Vertrag über eine Handlung, Cession, aufzufassen, obwohl auch dies dem § 377 I 11 entspricht.

Nr. 211a. §§ 376, 382—389; Anh. § 17; §§ 393, 394, 399, 401. Cession. Der Cessionsakt. (Voraussetzungen. Objekt. Cessibilität.)*)

a. Erk. v. 10. Jan. 1870; StrA. 77 S. 166.

b. PlPräj. v. 16. Jan. 1846; ObTr. 12 S. 10.

c. Erk. v. 20. März 1865; ObTr. 53 S. 79 (StrA. 59 S. 23).

d. Erk. v. 8. Dez. 1852; StrA. 8 S. 80.

Im Falle a. hatte A. ein Grundstück an B. verkauft, die Uebergabe war aber vorbehalten. Nachdem B. von C. ein Darlehn erhalten, welches auf dem Grundstücke eingetragen werden sollte, und die Eintragung nicht erfolgen konnte, weil A. die Uebergabe nicht leistete und B. als Eigenthümer nicht eingetragen werden konnte, cedirte B. an C. seinen Anspruch auf Uebergabe. Die darauf von C. gegen A. angestellte Klage auf Uebergabe ist abgewiesen. — Im Falle b. handelte es sich um die Frage, ob die Rechte aus einem zweiseitigen Vertrage, namentlich aus Kauf- und Lieferungsverträgen mit der Wirkung cessibel, dass der Cessionar gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeit des Cedenten die Erfüllung vom deb. c. zu verlangen befugt. Das Plenum hat die Frage bejaht. — Im Falle c. hatte A. bei der Erbtheilung ein Grundstück übernommen, eine darauf eingetragene Hypothek aber nicht, und den Anspruch auf Löschung derselben an B. cedirt, der gegen die überlassenden Miterben des A. auf Beschaffung löschungsfähiger Quittung klagte. Das ObTr. hat die Klage gegen beide Instanzen zugelassen. — Im Falle d. klagten die Käufer eines Grundstücks gegen den Besitzer früher dazu gehörig gewesener Parzellen auf Herausgabe, weil derselbe sich diese Parzellen zur Zeit, wo ihr Verkäufer Eigenthümer gewesen, ohne Recht angeeignet. Der Bekl. bestritt ihre Aktivlegitimation, weil ihr Verkäufer nicht besessen, daher Eigenth. nicht habe übertragen können. Obwohl die Kläger eine Erklärung beibrachten, wonach ihr Verkäufer das Gut mit dem Recht auf die im Besitz des Bekl. befindlichen Parzellen übertragen, wiesen beide Instanzen ab. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Mit vollem Grund haben die Vorderrichter angenommen, daß Kläger nicht aus eigenem Recht, als sog. Cessionar des Käufers des in Rede stehenden Grundstücks, die Uebergabe von diesem verlangen könne. Dem Kläger ist

---

*) Vgl. die Litteratur unt. Nr. 211. — Die Cession als Traditionsakt bei nicht körperlichen Sachen setzt zunächst ein geeignetes Objekt voraus. Dabei kommt der in Nr. 33, Bd. 1

und sollte kein Vermögensrecht eigenthümlich übertragen werden, nur die actio emti des Käufers, der ihm das Eigenthum gar nicht abtreten will und soll.

Der Kläger hat vielmehr ein persönliches Recht aus dem Darlehn an den Käufer und ein Interesse, daß ihm die stipulirte Hypothek zu Theil werde, daß also die Uebergabe an den Käufer und die Besitztitelberichtigung für ihn erfolge. Dies Interesse giebt ihm natürlich kein Klagerecht gegen den Verkäufer. Das Recht des Käufers auf Gewähr der Uebergabe ist eine Folge des Kaufvertrags, welches mit der actio emti geltend gemacht werden kann, aber es ist an sich die Uebergabe an einen Dritten gar kein selbstständiges und übertragbares Recht. Cessibel sind nur Vermögensrechte, nicht das Recht, den Richter zum Schutz des Rechts anzugehen. Nicht die actio oder exceptio nach ALR., sondern das Recht selbst kann cedirt werden. Ein solches ist nicht cedirt.

Aus eigenem Recht kann Kläger nicht klagen, er kann nur als Vertreter des Käufers in seinem Interesse auftreten, mag auch sein eigenes dadurch gefährdet werden. Es handelt sich in der That nur von der Form der Cession, in die ein Vollmachtsvertrag gekleidet ist, der Kläger will aber nicht als Mandatar auftreten, wie der App.-Richter feststellt, da er die Cession der actio emti zu deduziren sucht. Das Klagerecht ist losgelöset von der actio emti, lediglich auf Uebergabe an den Cedenten gerichtet, undenkbar, und ist sonach weder § 69 Einl. verletzt, noch die §§ 376, 377, 382 I 11 ALR., vielmehr ergiebt § 376, daß der Cessionar das Eigenthum eines Rechts gegen eine bestimmte Vergeltung erhalten soll, wovon hier gar nicht die Rede ist, noch sein kann, da dem Kläger zu eigenem Recht nichts übertragen wird, wie dies auch der Klageantrag ergiebt. Es ist daher auch die Natur des Rechtsgeschäfts nicht verkannt, welches der App.-Richter mit Recht als ein Mandat in Form der Cession auffaßt. Eine Verletzung der §§ 5, 6, 19 I 13 ALR. liegt in keiner Weise vor, da der Richter thatsächlich feststellt, daß Kläger nicht als Mandatar, sondern als Cessionar geklagt hat. Es handelt sich auch

---

S. 120 behandelte Unterschied von Sachen im engeren Sinne und Rechten als Sachen im weiteren Sinne in Betracht. Nur diese, die Forderungsrechte, sind Gegenstand der Cession. Beispiele, wie der Inhalt des Rechtsgeschäfts, der Umstand, ob das Recht oder das Objekt desselben, die Sache, Gegenstand des Rechtsgeschäfts, bestimmend für die juristische Natur des Geschäfts, geben die unter Nr. 194, Bd. 2 S. 45 mitgetheilten Erk. StrA. 68 S. 247 (Erk. a.) u. StrA. 86 S. 94; 54 S. 132. Wichtig dafür ist auch das Erk. a. Nr. 204, Bd. 2 S. 151 u. ObTr. 12 S. 211, das. S. 152, wo der Unterschied von Erbschaftskauf als Kauf der Erbsch. u. der s. g. Cession eines Erbtheils oder einer Summe desselben erörtert. Für die Frage, ob körperl. Sache oder Forderungsrecht vorliegt, ist namentlich der Unterschied zwischen den durch das Papier, die Urkunde verkörperte, nur mit derselben und durch dieselbe negotiablen Forderungsrechten und den Forderungsrechten aus Urkunden erheblich, für welche die Urkunde nur Beweisurkunde, Legitimation, ist. § 401 h. t. erwähnt der lettres au porteur ausdrücklich als Sachen, für deren Uebertr. die Cession nicht erforderlich. Dahin gehören nach dem Nr. 33 mitgetheilten Erk. ObTr. 17 S. 154 namentlich Pfandbriefe, — ebenso ObTr. 16 S. 360, wo indessen der Unterschied zwischen dem Eigenth. an dem Pfandbrief, der nur durch körperl. Ueberg. übertragbar, und dem an sich cessiblen oblig. Anspruch auf Herausgabe der in den Händen der Landschaft befindlichen Pfandbriefe nicht genügend geschieden, — ferner Werthpapiere anderer Art, Staatsschuldscheine, StrA. 79 S. 179 (ein als Kaution hinterlegter Staatsschuldschein wird nach Beendigung des Dienstverhältnisses mit Uebergabe des Depotscheins cedirt und demnächst von Gläubigern des Deponenten im Wege der Exek. mit Beschlag belegt). Ueber Wechsel und Grundschulden vgl. unt. Nr. 211b.

Ueber den begrifflichen Untersch. von Inhaberpapieren und Legitimationspapieren vgl. zu I 15, namentlich das auf Sparkassenbücher sich beziehende Erk. StrA. 96 S. 290. Daß Sparkassenbücher zu den Legitimationspapieren gehören, daher zur Eigenthumsübertr. der Cession bedürfen, darüber vgl. auch StrA. 65 S. 77; 89 S. 111; 97 S. 227 zu §§ 1065 h. t. (Schenkung eines Sparkassenbuchs), RG. 9 S. 246, daselbst RG. 10 S. 40 (für gem. R. Sparkassenbuch keine Sache im Sinne Art. 306 HGB.). Vgl. auch StrA. 63 S. 95 (zu §§ 548, 549, 552 II 1); ObTr. 34 S. 331, 357; 47 S. 419 (Diebstahl an Sparkassenb.);

gar nicht von einer unzulässigen exceptio de jure tertii, sondern der offiziell aufzustellenden Prüfung der Aktivlegitimation.

Gründe: b. Wie überhaupt alle Sachen, die im Verkehr sind, durch Geschäfte unter Lebendigen oder von Todeswegen, sei es zur Benutzung oder dem Eigenthume nach, auf Andre übertragen werden können, so muß diese Uebertragbarkeit, als die Regel, auch für alle Rechte in Anspruch genommen werden und in der That wird dieselbe auch von den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen, § 99 Einl., § 382 I 11. Freilich schließen schon diese allgem. Gesetze alle Rechte aus, welche an die Person des Berechtigten oder an gewisse Eigenschaften desselben gebunden sind; es fehlt auch nicht an einer großen Zahl spezieller Bestimmungen, welche Ausnahmen festsetzen; und überhaupt gestattet das Gesetz die Abtretung von Rechten nur unter einer gewissen allgemeinen Beschränkung bei der Ausübung derselben von Seiten des Cessionars. Die Abtretungsfähigkeit der Rechte bleibt aber immer die Regel, und daher müssen auch alle nicht unter jene Ausnahmen fallende Cessionen als gültig und innerhalb jener Beschränkung als vollkommen wirksam anerkannt werden. Im Allgem. besteht eine solche Beschränkung aber nur dahin: daß durch die Cession die Verbindlichkeiten des Schuldners nicht erschwert, und seinerseits alle Einreden und Gegenforderungen, welche ihm gegen den Cedenten zustanden, auch gegen den Cessionar geltend gemacht werden können. Und ebenso ist die allgemeine Ausnahme nur dahin festgesetzt, daß keine Rechte cedirt werden können, welche an eine bestimmte Person oder an gewisse Eigenschaften derselben gebunden sind. Eine weitere allg. Ausnahme hat das Gesetz nicht gemacht, namentlich nicht zu Gunsten oder vielmehr in odium der aus lästigen Verträgen erworbenen Rechte. Auf den Ursprung der Rechte sieht es nicht. Auch aus den vielen speziellen Ausnahmen, z. B. §§ 388, 312, 900, 928 I 11; § 34 I 17; § 22 I 19; §§ 110, 309 I 21; § 594 I 20; § 52 I 23; § 309 II 7; § 1133 II 8 ALR. läßt sich ein Prinzip, wonach auf den Ursprung der Rechte (aus zwei- oder einseitigen Verträgen) gesehen werden müßte, keineswegs gewinnen. Diese Ausnahmen und Modifikationen entsprechen vielmehr

---

Goldschmidt Zeitschr., Bd. 9 S. 144. Auch Versicherungspolicen gehören zu den Legitimationspapieren, ObTr. 54 S. 83; StrA. 59 S. 307; 85 S. 34 unt. Nr. 211b.; OHG. 2 S. 306; 3 S. 339; 10 S. 189; RG. 1 S. 187. Ueber die Cessibilität der Kuxscheine, § 105 Berggesetz., vgl. das. ObTr. 80 S. 290; Dernburg 1 § 269. Auch die Cession setzt wie die Tradition ein bestimmtes oder bestimmbares Objekt voraus. Vgl. Nr. 72, 73 u. unt. Nr. 134, Bd. 1 S. 626, 627. Daraus folgt, daß gegenwärtig bestehende, bedingte und unbedingte, § 101 I 4, und zukünftige Forderungen cedirbar, für letztere aber, daß mindestens ein obligator. Verhältniß bestehn muß, aus welchem sie, wenn auch erst als in Zukunft oder bedingt klagbar, abzuleiten, Gruchot 25 S. 980. Deshalb nahm schon StrA. 7 S. 318 für den Fall der Beschlagnahme und Ueberweisung im Wege der Exek. die Unzulässigkeit bei bloßen Tagelöhnern für den Lohn künftiger Tagearbeiten an; vgl. jetzt Ges. v. 21. Juni 1869 u. CPO. § 749 Nr. 1. In StrA. 59 S. 28 hatte A. an B. seine Forderungen für Fuhren, welche er im September für eine Gesellschaft leisten würde, cedirt. Auch hier ist die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen, weil ein Rechtsverhältniß, aus welchem A. zur Leistung der Fuhren, die Gesellschaft zu deren Annahme u. Zahlung berechtigt bez. verpflichtet, z. Z. der Cession nicht bestanden. In StrA. 30 S. 7 waren die Eheleute geschieden und die Vermögensauseinandersetzung im Gange, als der Ehemann von dem ihm zustehenden Antheil an der Masse 100 an B. cedirte. Die Klage des B. gegen die Kinder und Erben der Ehefrau auf Zahlung ist abgewiesen, weil ungewiß, was Gegenstand der Cession, ob Theil einer zur Masse gehörigen Forderung oder ein Theil des Baarbestandes oder ein Theil der Forderung des Ehemanns an die Masse. Vgl. aber Dernburg § 82_6. Aehnlich das Erk. a. Nr. 204, Bd. 2 S. 151. Cession nicht bestehender Forderungen, von der beide Theile wissen, daß sie nicht besteht, ist als solche gegenstandslos, §§ 39, 41, 534 h. t., § 55 I 5; StrA. 98 S. 127, ob auch die Cession einer Gesammthypothek an Verschiedene, wie Dernburg 1 § 330 annimmt, dagegen fraglich. Gegenstandslos (aber nicht ohne Wirkung für den Regreß) ist die Cession getilgter Forderung. Vgl. unt. Nr. 212 u. 213 zu §§ 395—397, 407, 413 h. t. Modifizirt wird dieser Grundsatz bei Hyp. und Grundschulden, Wechseln, sowie bei Zahlung durch Dritte, §§ 46 ff. I 16, und durch den correus I 16 §§ 492 ff. Vgl.

meist nur den oben hervorgehobenen, vom Gesetze selbst aufgestellten Hauptprinzipien und allgemeinen Bedingungen der Abtretungsfähigkeit.

Die Zulassung der Abtretung von Rechten aus lästigen Verträgen verstößt auch keineswegs etwa gegen den Grundsatz, daß Verträge nur unter den Kontrahenten selber gelten, daß der eine Kontrahent nur von dem andern Kontrahenten belangt werden kann. Der Cessionar des andern Kontrahenten klagt eben nur aus dem Rechte dieses Kontrahenten, auf nichts mehr und nichts Anderes, als wozu dieser berechtigt ist und wozu er den Cessionar ermächtigt hat. Dem Gegner kann es bei Erfüllung seiner Verbindlichkeiten auch nur darauf ankommen, daß er diese auf eine gültige, für ihn gar nicht erschwerte Weise tilgt und abträgt, und das thut er, wenn er an den tradirt oder zahlt, den der andere Kontrahent dazu berechtigt hat.

Ein rechtliches Interesse zum Widerspruch gegen diese Rechtsübertragung und Geltendmachung kann für ihn demnach im Allgemeinen nicht anerkannt werden. Ganz unleugbar aber würde es andrerseits für alle Rechte und Forderungen aus noch unerfüllten lästigen Verträgen eine durchaus ungerechtfertigte Beschränkung des Verkehrs sein, wenn jeder Kontrahent die durch den Vertrag erlangten Rechte jedesmal erst selbst einklagen und überhaupt realisiren müßte und nicht schon durch Cession darüber disponiren dürfte, eine Nöthigung und eine Versagung, die weder für die Berechtigten noch für die Verpflichteten selbst ersprießlich erscheinen kann.

Hiernächst kann auch von einem Käufer, der seine Rechte an einen Andern abtritt, und dem sich seinerseits der Cessionar verpflichtet, die vertragsmäßige Gegenleistung zu berichtigen, nicht etwa gesagt werden, er substituire sich einen anderen Verpflichteten, obtrudire dem Verkäufer einen nicht gewollten Kontrahenten, es dringe hier ein Fremder in ein doch nur zwischen bestimmten Personen bestehendes Obligationsverhältniß ein. Denn nicht die obligatio wird cedirt, was gar keinen Sinn haben würde, sondern das Recht, die actio. Die vertragsmäßige persönliche Verpflichtung zur Gegenleistung bleibt bei dem ursprünglichen Kontrahenten, und nur gegen diesen, selbst wenn er das Recht cum onere abtritt, übernimmt der Cessionar

---

Nr. 124, Bd. 1 S. 563. Bestimmbar ist das Objekt da, wo die Existenz der Forderung feststeht, nur in Ansehung ihrer Höhe noch eine Feststellung nöthig. So OHG. 9 S. 166, wo A. vertragsmäßig für eine nach dem Umfang der Lieferung verabredete Summe Sandsteine für einen Bau an B. zu liefern und vor Beendigung der Lieferungen eine bestimmte Summe seiner Forderung an C., der ihm Geld zur Ausführung der Arbeiten gegeben, cedirt, nach Eröffnung des Konkurses über A. der Verwalter die Forderung zur Masse eingezogen hatte. Die Klage des C. gegen die Masse auf Herauszahlung ist durchgedrungen, weil C. Eigenthümer der Forderung, der Verwalter sie qua Mandatar oder neg. gestor zur Masse eingezogen, die Rückforderung deshalb Masseforderung. Unbedenklich ist die Cession bedingter Forderung. In OHG. 10 S. 198 hatte A., der bei einer Gesellschaft versichert, nach dem Brande seine Entschädigungsforderung an B. cedirt, dessen Klage die Gesellschaft entgegensetzte, daß sie statutenmäßig nicht verpflichtet, sich vor der Feststellung der Entsch. mit einem Dritten einzulassen. Der 2. Richter wies deshalb, obwohl A. der Klage beitrat, ab, weil die Cession ungültig. Dies ist als offenbar irrig reprobirt, §§ 383, 384 h. t.; durch den Zutritt des A. war Alles geschehn, was der deb. cess. verlangen konnte. Aehnlich ist der Fall zu behandeln, wo die Zahlung oder Entstehung der Forderung statutenmäßig an andere Bedingungen, z. B. die Verwendung zum Wiederaufbau oder den Wiederaufbau geknüpft. Die Cession ist auch in solchem Falle selbst vor der Erfüllung der Bedingung nicht unzulässig, in ihrer Wirksamkeit aber an die Erfüllung der Bedingung geknüpft, so daß bei Aufbau theils durch den Cedenten, theils durch den Besitznachfolger eine Art communio zwischen diesem und dem Cessionar eintreten kann, StrA. 9 S. 310; 99 S. 207. Vgl. ALR. II 8 §§ 2280, 2163; OHG. 5 S. 5. Eine andere Frage ist, ob die Forderung auf Entsch. schon vor dem Entschädigungsfall auf einen Anderen, der nicht Eigenthümer des versicherten Objekts, cessibel; zu verneinen ist dies jedenfalls für den Fall, daß der Cedent z. Z. des Unfalls nicht mehr Eigenthümer des versicherten Objekts, aus den weiter unten zu erörternden Gründen.

Soweit so ein Forderungsrecht existirt, ist es regelmäßig cessibel, mag es ein einseitiges sein, auch das Recht aus Anweisung, I 16 §§ 251 ff., auch im Wege der Zwangsvollstreckung, die ein selbstständiges R. giebt, StrA. 9 S. 352; 67 S. 331; 53 S. 145; ObTr. 4 S. 224;

seinerseits die persönliche Verpflichtung, den Vertrag statt seiner zu erfüllen. Daß diese Erfüllung in bedungener Art erfolgt, muß natürlich vorausgesetzt werden, und es giebt auch Fälle und Vertragsarten, wo die Erfüllung in Person geleistet werden muß, I 11 §§ 900, 928; II 5 §§ 54, 62 ALR. In der Regel können sie aber auch durch Mittelspersonen bewirkt werden; und wenn es namentlich bei Gutsverkäufen gar nicht unzuläßig ist, die Uebergabe sowohl, als die Bezahlung des Kaufgeldes durch dritte Personen, Beauftragte, zu veranlassen, so liegt nicht der geringste Grund vor, diese dritte Person mit der Erfüllung um deswillen zurückzuweisen, weil sie von dem eigentlich dazu Verpflichteten eine Cession auf das entsprechende Recht bekommen hat. Für den anderen Kontrahenten kommt es, wie schon bemerkt, nur daráuf an, daß er hinsichtlich seiner eignen Leistung sich von der Legitimation des Empfängers Gewißheit verschafft; und diese wird dadurch nicht verkümmert, daß der, welcher sich um den Empfang bei ihm meldet, sogar ermächtigt ist, für eigene Rechnung zu empfangen. Uebrigens ist auch nach Röm. R. die Cession der actiones in rem, z. B. der actio emti unbestritten gestattet gewesen, und das ALR. ist davon keineswegs abgegangen. Zu den Rechten, welche im § 382 I 11 allgemein für cessibel erklärt worden, gehören auch die Rechte zur Sache, § 135 I 2 ALR., und somit auch die aus einem Kaufkontrakte über ein Grundstück erlangten Rechte auf den Besitz dieses Grundstücks, woraus denn das Recht zur Klage auf die Uebergabe desselben für den Cessionar von selbst folgt.

Wenn endlich noch ein Bedenken rücksichtlich der Fälle erhoben worden, wo sich der Verkäufer die hypothekarische Eintragung rückständiger Kaufgelder ausbedungen hat, so kann er dieses Recht auch gegen den Cessionar des Käufers ebenso geltend machen, wie gegen den Käufer selbst. Aus der Cession allein kann die Umschreibung des Besitztitels nicht erfolgen, sie muß mit dem Kaufkontrakte vorgelegt werden, und wenn nur beide zusammen den Titel für den Cessionar bilden, so macht sich die Eintragung der Kaufgelder ganz ebenso, als wenn noch der ursprüngliche Käufer vorhanden ist. Uebrigens bedarf es bei Verkäufen von Grundstücken der ausdrücklichen Bewilligung des Verkäufers zur Umschreibung des Besitztitels nicht. Nur zur

---

34 S. 450; 69 S. 226 zu I 16 u. unt. Nr. 212, oder aus einem zweiseitigen Vertrage stammen. Letzteren Fall behandelt das PlPräj. Erk. b. (gegen ObTr. 1 S. 161), an welchem die Praxis konstant festgehalten hat, so daß die Frage jetzt als entschieden gelten kann. Ebenso StrA. 3 S. 188; 6 S. 174; 42 S. 83; 52 S. 153; OHG. 12 S. 73, 77 u. für gem. R. StrA. 47 S. 123; RG. 6 S. 377. Selbstverständliche Voraussetzung ist, daß die Lage des deb. c. keine andere, schlechtere, das Recht des deb. c. auf die Gegenleistung nicht beeinträchtigt wird, d. h. daß der Cessionar in das Rechtsverhältniß so eintritt, wie es besteht, während auch der Cedent aus demselben verhaftet bleibt, so daß der deb. c. keine Gefahr läuft, StrA. 6 S. 174 unt. Nr. 213 (Anwendung des § 230 h. t.). Vgl. SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 83 Abs. 2 (Cession des Rechts aus dem Meistgebot), StrA. 4 S. 94, wo A. dem B. eine Oblig. üb. 1800 Darlehn ausgestellt und hatte eintragen lassen, nur 800 erhalten und nachdem B. an C. cedirt, gegen B. auf Nachzahlung von 1000 oder Löschung mit Erfolg klagte. Darauf beruht im Wesentlichen Erk. a., wenn es die bloße Cession der actio oder exceptio für unzuläßig erklärt. Danach ist die Cession des Rechts auf Uebergabe allerdings unzuläßig, ebenso konsequent die des bloßen Rechts auf Auflassung, wenn es sich nicht getrennt von der zu Grunde liegenden causa als selbstständiges fertiges Vermögensrecht darstellt. Vgl. Dernburg 1 § 241_1. So können sich auch aus zweiseitigen Verträgen Einzelansprüche als selbstständige Rechte gestalten, wie der Anspruch auf Kaufgelder aus dem fertigen Geschäft, der Anspruch auf Gewährleistung, und so namentlich der im Erk. c. behandelte Anspr. auf Liberation, letzteres auch in dem nach § 41 EigenthGes. jetzt praktisch weniger wichtigen Fall der Uebernahme i. p. pr., ObTr. 80 S. 307, wo A. ein Grundstück an B. verkauft, B. i. p. pr. drei vermeintlich eingetragene Darlehnsschulden des A. an C., die aber in Wahrheit nicht eingetragen, übernommen, B. in gleicher Weise an C. verkauft und seinen Anspruch auf Liberation gegen C. an A. cedirt hatte, der nun gegen C. auf Liberation klagte. Cessibel ist danach der Anspruch des Cessionars gegen den Cedenten auf Gewährl., d. h. Erstattung der Valuta, an den weiteren Cessionar, StrA. 31 S. 177, so wie der Anspruch des Mandatars gegen den Mandanten auf Befreiung von der bei Ausführ. des Auftrages überkommenen Verpflichtung, StrA. 5 S. 297, wo A. den B. beauftragt, Spiritus zu verkaufen, B. im eigenen

Eintragung eigentlicher Hypothekenrechte erfordern die Gesetze, ALR. I 20 §§ 402, 403 und Hyp.O. II § 146 dazu die ausdrückliche Bewilligung des Bestellers. Es kann also auch von dieser Seite kein Argument wider die volle Rechtsbeständigkeit des Cessionsgeschäfts begründet werden. Mag immerhin nur erst eine Privat-Punktation über den Kauf vorliegen, so bedarf der Cessionar des Käufers zur Berichtigung seines Besitztitels beim Hypothekenrichter allerdings nicht nur der Naturalübergabe, sondern auch der gerichtlichen oder notariellen Vollziehung oder Anerkennung der Punktation; allein auf Beides kann er auch, eben aus dem Recht des Käufers, unbedenklich klagen, I 5 §§ 120—124, zwar nicht auf die Anerkennung seiner Person als Käufer, und insbesondere nicht auf Einwilligung in die Umschreibung des Besitztitels auf seinen Namen, hierzu würde der Verkäufer freilich nicht gezwungen werden können, indessen kommt es darauf auch nicht an.

Gründe: c. Dem angegriffenen Erkenntnisse, welches sich nur mit der Legitimation zur Sache befaßt und diese dem Kläger abspricht, liegt die Ansicht zu Grunde, daß es sich hier nicht um Gewährleistung handle und der geltend gemachte Anspruch mit dem Besitze des zu liberirenden Grundstücks in unzertrennbarem Zusammenhange stehe, daher an eine gewisse Person nur in ihrer Eigenschaft als Besitzer resp. Eigenthümer des Grundstückes gebunden sei, weshalb die Bestimmungen des § 99 Einl. und des § 382 I 11 ALR. gegen den Kläger in Anwendung kämen.

Diese Ansicht verletzt die eben gedachten §§ und den § 184 I 11 ALR. Danach gehört die Haftbarkeit für die hypothekarischen Schulden zu den gesetzlichen Pflichten des Verkäufers. Als ein eigentlicher Eviktionsfall stellt sich diese Haftbarkeit zwar erst dar, wenn im Gefolge der Hypothek dem Käufer die gekaufte Sache ganz oder theilweise entzogen worden ist. So lange dies noch nicht geschehen, bleibt die gesetzliche Bestimmung des § 184 indessen keineswegs wirkungslos, sie hat vielmehr die Wirkung, daß die auf dem erkauften Grundstücke haftende Hypothek hinweggeschafft werden muß. Denn der Käufer hat das Recht, gegen die Folgen derselben gesichert und in den Stand gesetzt zu werden, sich der Sache unbeschränkt

---

Namen an C. verkauft, von diesem, da A. nicht zur Lieferung ihn in Stand gesetzt, auf die Differenz in Anspruch genommen und verurtheilt war und seinen Anspruch auf Erstattung gegen A. an C. cedirt hatte. Als solch selbstständiger Anspruch erscheint auch die verwirkte Konventionalstrafe, während die Cession vor Verwirkung getrennt von der Hauptforderung unzulässig. Vgl. über letztres ObTr. 38 S. 35 (StrA. 30 S. 11), Erk. d. Nr. 105, Bd. 1 S. 467 u. ObTr. 54 S. 27 (StrA. 59 S. 238); ObTr. 82 S. 11, 135 unter Nr. 105, Bd. 1 S. 475, 476; Förster (Eccius) 1 § $99_{95, 100}$. Selbstständiges Vermögensrecht ist auch der Anspr. des soc. auf die verdienten Zinsen und den festgestellten Gewinnantheil. Vgl. Art. 98 HGB.; StrA. 23 S. 165 und zu §§ 217, 218 I 17 ALR. Kein Vermögensr. in diesem Sinne ist Klagerecht oder exceptio. Ein Beispiel giebt RG. 1 S. 315, wo der aus dem Haftpflichtgesetz zur Zahlung einer Rente verurtheilte Arbeitgeber der Versicherungsgesellschaft, bei der er den Arbeiter versichert, seinen Anspruch auf Herabsetzung der Rente aus § 7 Abs. 2 des Haftpflichtges. cedirt hatte und die Gesellschaft auf diese Herabsetzung klagte. Hier war Cedent der Schuldner, nicht der Gläubiger, sein Recht auf Herabsetzung der Schuld zwar ein Recht, eine Befugniß, ein Klagerecht, aber kein Forderungsrecht, dessen Gegenstand eine Leistung des Arbeiters (Gläubigers). Diese Befugniß war mit der Schuld verbunden und so wenig cedirbar wie die Schuld selbst. Noch weniger kann danach das Recht auf Abschluß eines Vertrages cedirt werden, da damit nichts Anderes erreicht werden würde, als die Substitution eines anderen Kontrahenten für den deb. c. und damit eines andren Schuldners. So StrA. 83 S. 48, wo A. u. B. paktirt, daß A. dem B. nach erreichter Großjährigkeit ein Gut zu bestimmtem Preise übereignen solle, B. das Recht an C. cedirt und C. gegen A. auf Uebereignung klagte, die Klage ist abgewiesen.

Nicht cessibel ist das Eigenthum, wohl aber die aus dem Eigenth. folgenden rein obligatorischen und dingl. Ansprüche, Windscheid 2 § 337, wie die Vindikation, Erk. d., Dernburg 1 § 246_3. Der Satz des Erk., daß die Cession der vindic. Eigenth. nicht gebe, aber zum Eigenth. führe, war für den konkreten Fall richtig, ist aber als allgem. Rechtssatz nicht anzuerkennen, weil es auf das der Cession zum Grunde liegende Rechtsverhältniß zwischen

durch die Pfandrechte Dritter bedienen zu können (vergl. ObTr. 22 S. 156 ff., 37 S. 99).*) Demzufolge und da nach § 97 I 17 bei Erbtheilungen bezüglich der Gewährleistung die Vorschriften vom Kaufe eintreten, enthält der hier erhobene Anspruch seiner rechtlichen Natur nach die Klage auf vollständige Erfüllung, zu welcher auch die Leistung der Gewähr gehört, § 317 I 5. Diese Klage steht nicht dem Besitzer des Grundstückes, als solchem, sondern dem Käufer gegenüber seinem Verkäufer zu. Schon hieraus folgt die weitere Abtretbarkeit. Anerkanntermaßen können die actio emti, Gewährleistungs-Ansprüche und Rechte aus zweiseitigen Verträgen cedirt werden (ObTr. 12 S. 10). Es ist daher nicht abzusehen, weshalb der erhobene Anspruch nicht cessibel sein sollte. Der § 99 Einl. und § 382 I 11 ALR. treffen hier nicht zu. Ein Recht ist an eine bestimmte Person, resp. an Eigenschaften derselben gebunden, sofern nur in ihr gewisse Voraussetzungen vorhanden sind, oder die Berechtigung nach Wesen und Zweck eine bestimmt qualifizirte Peson erheischt. Zu jener Klasse gehören zunächst die Verträge, welche ausdrücklich ihrem Wesen nach das entstehende Rechtsverhältniß auf die Kontrahenten beschränken, wie dies beim Mandat, der societas und einigen Arten der Miethsverträge der Fall ist. Sodann gehören hierher alle die Obligationen, wobei die Erfüllung sich nach persönlichen Bedürfnissen des berechtigten Subjektes richtet, wie solches bei Servituten und Alimenten zutrifft.

Die zweite Klasse wird aus den Fällen gebildet, wo das Recht nur von einer bestimmt qualifizirten Person ausgeübt, die Qualität selbst aber nicht übertragen werden kann. Dies liegt den Retraktrechten, den Rechtswohlthaten, wie beneficium competentiae, minorennitatis, und anderen persönlichen Befugnissen zum Grunde.

Der gegenwärtige Anspruch fällt weder unter die eine, noch unter die andere Klasse. Wenn der App.-Richter meint, der Anspruch stehe mit dem Besitze des

---

*) Bd. 1 S. 461 u. unt. Nr. 198a., Bd. 2 S. 104.

Cedenten u. Cessionar ankommen wird. In Uebereinstimmung mit dem Erk. d. u. Konsequenz desselben ist, daß die Klage des Eigenthümers ex depos. gegen den Depositar cessibel, ObTr. 50 S. 130 u. Präj. 1996 sowie StrA. 42 S. 371. In ersterem Falle hatte der einzige Erbe eine bestimmte Summe von dem im Depositorium befindlichen baaren Nachlaß cedirt, die Kasse trotzdem die Masse bis auf einen kleinen Theil auf eine Kostenschuld des Erben verrechnet. Die Klage des Cessionars auf Rückzahlung des Geldes zum dep. wurde in 1. Instanz abgewiesen, weil die Cession von Geld ungültig, in 2. u. 3. Instanz wurde dies aber verworfen, weil der Cession des Anspruchs auf Herausgabe kein Gesetz entgegenstehe, §§ 82 ff. I 14. Nach § 28 Hinterl.O. ist die Cessibilität ganz unbedenklich.

Ausgeschlossen oder beschränkt ist die Cessibilität theils durch positive Gesetzesvorschriften, §§ 385—387 h. t. und die in Rehb. u. R. ALR. in Anm. 223 zu § 382 h. t. bezeichneten Gesetze (dazu noch Ges. v. 20. Mai 1882 § 17, Wittwen- und Waisengelder; Ges. v. 6. Juli 1884 § 68, Unfallversicherung; EigenthGes. § 31, künftige Pacht- und Miethszinsen 2c.), theils durch die Natur des Rechtsverhältnisses, welches den Eintritt eines andern an Stelle des ursprünglichen Gläubigers nicht zuläßt. Dies ist die allgemeine Kategorie der in § 382 h. t. gemeinten, an die Person des Inhabers gebundenen Rechte. Vgl. § 99 Einl., § 312 h. t., I 19 §§ 22 ff.; 20 § 596; 21 § 110, 309, 310. Die Natur des Rechtsverhältnisses begründet die Unzulässigkeit des Eintritts eines anderen Gläubigers aus den beiden im Erk. c. näher dargelegten Gesichtspunkten, das gemeinsame ist, daß der Leistungsinhalt durch den Wechsel des Gläubigers ein anderer werden würde. Deshalb ist unzulässig die Uebertragung des Pfandrechts an einen Anderen als den Gläubiger der Forderung, die Cession des Retentionsrechts in Art. 313 HGB.; OHG. 10 S. 161 (vgl. OHG. 5 S. 304 unt. Nr. 212), die Uebertr. des Nießbrauchsrechts als solchen, § 110 I 21 (vgl. aber Erk. a. Nr. 77, Bd. 1 S. 299), die Cession des Rechts aus Feuerversicherung auf einen Anderen als den Eigenthümer der Sachen vor dem Schadensfall, die Cession auf nicht verwirkte Konventionalstrafe und des Rechts aus der Bürgschaft auf einen anderen als den Gläubiger der Forderung, vgl. zu I 14 § 338 u. unt. Nr. 105, Bd. 1 S. 467, des Altentheils als solchen. Darauf beruht gleichermaßen die Unübertragbarkeit einer Grundgerechtigkeit, ObTr. 9 S. 246

Grundstückes in untrennbarem Zusammenhange, so folgt daraus, selbst, wenn dies richtig wäre, nicht die Anwendbarkeit des § 99. Der Anspruch wäre dann jedenfalls mit dem Besitze übertragbar, also nicht an eine bestimmte Person gebunden. Es läge ein accessorisches Recht vor, welches nur mit dem Hauptrechte ausgeübt werden kann. Dergleichen Rechte sind z. B. die Klage auf Errichtung einer Servitut, das Mitbaurecht des Grundherrn vor eingelegter Muthung u. a. m. (ObTr. 21 S. 385). Diese können nur mit dem Eigenthume übertragen werden, weil sie gleichsam einen Bestandtheil desselben ausmachen. Wenn jener Grundsatz hier zur Anwendung gebracht worden ist, so beruht dies auf einer nicht genügenden Unterscheidung zwischen der Lösung des dinglichen nexus durch Löschung der Hypothek und den Mitteln dazu. Die Löschung selbst kann nur der Besitzer beantragen; dieses Recht ist allerdings für sich allein nicht cessibel. Es ist ein Ausfluß des Eigenthumes und kann nur mit diesem übertragen werden. Aber in den Besitz der Mittel zu gelangen, welche je nach dem Willen des Besitzers zur Löschung hinführen können, ist ein Recht aus dem Kaufvertrage, ein Anspruch aus der Gewährleistung nach § 184 I 11 ALR., welcher mit dem Besitze des Grundstücks Nichts gemein hat.

Selbst daraus, daß der Kläger kein Interesse an der Realisirung des cedirten Rechts hätte, würde noch keinesweges der Nichtcessibilität folgen. Denn wenn der Cessionar danach auch nur als Mandatar des Cedenten figurirte, würde ein Dritter daraus keinen Einwand herleiten können (vergl. ObTr. 37 S. 87).*)

*) Nr. 213.

zu I 22, des Expropriationsrechts, unt. Nr. 210, u. ObTr. 21 S. 385 (StrA. 3 S. 179) zu § 225 Bergges.; ObTr. 52 S. 113 u. StrA. 25 S. 357 zu §§ 13, 25 Nr. 5 Ges. v. 28. Febr. 1843 (II 15). Die Unübertragbarkeit des Mieths- und Pachtverhältnisses würde an sich nicht zu deduziren sein, ist aber auf der Seite des Miethers (Pächters) in I 21 §§ 309, 310 ausdrücklich bestimmt. Ueber die Succession auf Seiten des Vermiethers (Verpächters) vgl. zu I 21 §§ 350, 358. Dagegen muß die Cession der Besitzklagen aus Störung des Besitzes ohne Uebertr. desselben als unzulässig erachtet werden. Förster (Eccius) § 99_{63}. Unzulässig ist die Uebertr. des Alimentationsrechts als solchen auf eine andere Person. Dabei ist aber wie bei den Rechten aus zweiseitigen Vertr. festzuhalten, daß auch aus solchen Verhältnissen selbstständige Vermögensrechte, getrennt von dem Rechtsverhältnisse selbst, erwachsen können, welche als solche übertragbar. Dies gilt z. B. von den Ansprüchen auf rückständige, versessene Alimente und Altentheilsprästationen. Deshalb kann die Cessibilität der Alimente wie für das gem. R., RG. 4 S. 142, 144, auch für das Preuß. R. nicht absolut verneint werden. Ausgeschlossen ist sie allerdings da, wo Qualität oder Quantität der Leistung von der Person des Berechtigten abhängig, durch die Person des Berechtigten der Leistungsinhalt bestimmt wird. Bei Geldleistungen ist dies regelmäßig nicht der Fall und die Cession rückständiger Alimente jedenfalls dann nicht verboten, wenn sie an den erfolgt, der die Alimentation besorgt und dafür Ersatzansprüche hat. Insoweit kann nicht einmal das R. auf zukünftige Alimente, als Cession suspens. bedingten Rechts als ausgeschlossen gelten. In StrA. 55 S. 112 war der Kurator des abwesenden g. g. Ehemannes zur Zahlung einer bestimmten jährl. Summe zum Unterhalt der Frau und Kinder verurtheilt und die Ehefrau hatte die bis zu einem bestimmten Tage fällig gewordenen Alimente cedirt. Nach der Todeserklärung des Ehemanns klagte der Cessionar die cedirte Summe gegen die Cedentin Wittwe als Vertreterin des g. g. Vermögens ein. Hier hat das ObTr. abgewiesen, weil die Alimente zum Unterhalt von Frau und Kindern bestimmt, an ihre Person gebunden, davon, daß der Cessionar eine Ersatzforderung für verlegte Alimente gehabt, nichts erhelle, die nicht geforderten und nicht verwendeten Alimente Bestandtheile des g. g. Vermögens, der Anspruch durch den Rückfall in die Masse nach dem Tode des Mannes erloschen, deshalb eine nicht existirende Forderung cedirt. Die Deduktion ist offenbar unklar und zum Theil unjuristisch (Konfusion von Forderung und Schuld?). Etwas anderes ist, ob nicht die Ungültigkeit der Cession daraus herzuleiten war, daß z. Z. der Cession eine Forderung nicht bestand, weil sie nach ihrem Zwecke durch den Zeitablauf ohne Forderung der Erfüllung untergegangen, die Erfüllung jetzt keine Erfüllung mehr, dafür, daß an die Stelle des urspüngl. Obligationsinhalts ein anderer, das

Da dem Kläger übrigens ein Theil der Kaufgelder cedirt sind, welche sein Cedent von dem weiteren Käufer zu fordern hat, so ist das Interesse des Klägers, in den Besitz der löschungsfähigen Quittung zu gelangen, leicht ersichtlich. Denn er ist genöthigt, sich alle Einwendungen des neuen Käufers aus dem Kaufvertrage, also auch den Einwand der nicht beschafften Löschungsbewilligung, entgegensetzen zu lassen. Solchem nach hat der App.-Richter, wie den § 184 I 11 durch Nichtanwendung, so den § 99 Einl. und den § 382 I 11 ALR. durch unpassende Anwendung verletzt.

Interesse getreten, der Anhalt fehlte. Auch bei Altentheilspräſtationen ist letzterer Gesichtspunkt, vgl. unt. Nr. 101, Bd. 1 S. 440, Bd. 2 S. 189, 190 wichtig, auch folgt die Unübertragbarkeit oft konkret aus der Natur der Leistung (Wohnung, Sitz am Herde, Leistung zu täglichem Bedürfniß). Vgl. unt. Nr. 208, Bd. 2 S. 178, 184, 185, 186. Daß, wo diese besondere, nur konkret zu prüfende Natur des Leistungsinhalts nicht vorliegt, Altentheilspräſtationen, auch wenn sie zum Unterhalt bestimmt, an sich cessibel, ist in StrA. 84 S. 316; 86 S. 94 mit Recht angenommen. Vgl. Erk. c. Nr. 208; StrA. 86 S. 94 unt. Nr. 194, Bd. 2 S. 46. Ueber die Cessibilität des Witthums vgl. das Erk. a.; ObTr. 3 S. 324, Nr. 101, Bd. 1 S. 439; Dernburg 3 § 6. In Zusammenhang damit steht die aus § 110 I 21 folgende Abtretbarkeit der Ausübung auch solcher Rechte, die der Substanz des Rechts nach wegen ihrer Gebundenheit an die Person nicht übertragbar. Ob die Ausübung von dem Recht selbst getrennt rechtlich denkbar, ist nach der Beschaffenheit des Rechts zu prüfen, StrA. 89 S. 341. Bei den Privilegien, Koncessionen für eine bestimmte Person wird sie regelmäßig in der Ausnutzung bestehn und die Uebertragung der Nutzung möglich sein. Mittelbar ist die Frage für die Zwangsvollstreckung wichtig, insofern solche nur in Rechte möglich, die der Substanz oder der Ausübung nach übertragbar. Für zulässig erklärt ist danach die Zwangsvollstr. im Nießbrauch, § 110 I 21. Ob bei Patenten, Urheberrecht, von einem in diesem Sinn übertragbaren Vermögensrecht oder nicht vielmehr von einer, weil zu Vermögensrechten führenden, vermögenswerthen Befugniß im obigen Sinne die Rede, ist sehr fraglich. Von letzterem Gesichtspunkte aus ist in RG. 9 S. 104 der Konkursverwalter nicht für befugt erachtet, das Handelsgeschäft des Gemeinschuldners mit der Firma zu veräußern, weil das Recht in der Firma zwar vermögensrechtlicher Art (d. h. Vermögenswerth hat) aber nur in der Befugniß bestehe, Anderen die Führung der Firma zu untersagen bez. bei Uebertragung des Geschäfts die Führung zu gestatten, diese Befugniß zu gestatten, zu genehmigen aber kein Vermögensrecht, welches als solches übertragbar.

Streit besteht über die Uebertragbarkeit (auch im Wege der Zwangsvollstreckung) des Pflichttheilsrechts bez. des Anspruchs daraus, — vgl. darüber ObTr. 49 S. 207, 215; StrA. 46 S. 335; 92 S. 316 zu II 2 § 432, — über die Cessibilität des Rechts aus Fund und Muthung, vgl. darüber Dernburg 1 § 261, § 264_5; StrA. 27 S. 267; 37 S. 141; 47 S. 122; ObTr. 52 S. 430 (StrA. 55 S. 91) zum Berggeſ. §§ 3 ff., 21 ff.

Das Verbot der Cession (ad potentiorem) in §§ 385—387, Anh. §§ 16, 17 bezieht sich nach der Praxis nur auf an sich cessible Rechte, nicht auf Sachen, Präj. 953, und nur auf solche Rechte, die zur Zeit der Cession wirklich bestritten, nicht blos nicht anerkannt waren, ObTr. 7 S. 395; Präj. 1144, in diesem Falle aber auch auf Hypothekenrecht und das Recht aus dem Meistgebot, dem widersprochen ObTr. 23 S. 95. Kautionshypotheken gelten nicht blos dieser ihrer Natur wegen als bestritten, ObTr. 32 S. 59.

Ausdrücklich zugelassen ist nach §§ 383, 384 h. t. die Cession rechtshängiger Forderungen. Vgl. dazu §§ 236—238 CPO., welche den vom gem. R. abweichenden Grundsatz bestätigen, zugleich aber wichtige prozessuale Vorschriften geben, durch welche einzelne Streitfragen des früheren R. erledigt, so die in StrA. 3 S. 44; 62 S. 286; 25 S. 78; 53 S. 159 behandelte Frage, ob für den appellirenden Cessionar auf einen Eid de ign. erkannt werden kann, wenn der Cedent in 1. Instanz zum Eide de verit. zugelassen, und ob der Cedent nach der Cession remediren kann. Noch jetzt gilt aber der in StrA. 25 S. 78, 79 u. ObTr. 58 S. 183 (es handelte sich dabei übrigens um eine negatoria und den Einfluß der Veräußerung, § 237 CPO.) ausgesprochene Satz, daß die §§ 383, 384 h. t. nicht darüber entscheiden, ob der Kläger nach der Cession noch Zahlung an sich verlangen kann, obwohl er nicht mehr Eigenthümer; auf Antrag des Bekl. wird nur die Zahlung an den Cessionar ausgesprochen werden müssen. Vgl. übrigens Dernburg 1 § 139_{10}. Auch die in ObTr. 46 S. 361 (StrA. 41 S. 59) behandelte Frage, ob der Cessionar einer im Konkurse angemeldeten Forderung mit dem Perzipiendum ohne Weiteres für die Kosten hafte, wird auch jetzt zu verneinen sein. Vgl. Förster (Eccius) 1 § 99 unt. V.

Gründe: d. Nicht blos der wahre Eigenthümer, sondern auch derjenige, welchem der Eigenthümer die ihm an einer Sache zustehenden Rechte abgetreten hat, ist befugt, die Sache von dem dritten Besitzer in Anspruch zu nehmen. Das Vindikations-Recht ist das Recht des Eigenthümers, die seiner Gewahrsam entkommene Sache von jedem Inhaber oder Besitzer, auf den sie rechtswidrig gelangt ist, und der das Eigenthum bestreitet, zurückzufordern. Dieses Recht wird in dem Augenblicke existent, in welchem der Dritte den Gewahrsam oder den Besitz der Sache erlangt, denn in diesem Momente entsteht für ihn die Verbindlichkeit zur Herausgabe. Es erwächst damit also für den Eigenthümer das Recht, die Herausgabe einer bestimmten Sache von einer bestimmten Person zu fordern, und dies bezeichnet die zugleich obligatorische Natur des Vindikations-Rechts. Steht aber diese fest, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dasselbe auch cedirt werden kann.

Die Cession ist nach dem ALR. die Erwerbungsart für einen obligatorischen Anspruch (§§ 376, 377 I 11), und außer den Rechten, bei welchen die Cession ausdrücklich verboten ist (§§ 385 ff. a. a. O.), sind nur solche Rechte von ihr ausgeschlossen, welche an die Person des Inhabers oder an gewisse Eigenschaften desselben gebunden sind (§ 99 Einl., § 382 I 11). Dies ist bei dem Vindikationsrecht nicht der Fall. Denn wenn § 1 I 15 a. a. O. nur den Eigenthümer als Vindikations-Berechtigten bezeichnet, so ist damit Nichts weiter gesagt, als daß nur dieser, im Gegensatze zum bloßen Inhaber oder Besitzer, vindiziren könne. Keineswegs ist durch die erwähnte Bestimmung das Vindikations-Recht an die Person des Eigenthümers gebunden, oder gar die Abtretung desselben verboten.

Hat nun aber der Eigenthümer sein Vindikations-Recht cedirt, so geht eben nur dieses persönliche Recht auf den Cessionar über, während von einem Uebergehen des dinglichen Rechts, also des Eigenthums selbst, nicht die Rede sein kann, weil nach § 3 I 2 ALR. hierzu die Besitznehmung erforderlich ist. Das abgetretene persönliche Recht führt aber zum Eigenthum, wenn in der Folge der Cessionar die Sache übergeben erhält. Diese Uebergabe im Wege der Klage durchzusetzen, ist er nach § 89 Einl. vollständig legitimirt.

Dies vorausgeschickt, so erkennt der App.-Richter an, daß durch die Cessionsurkunde ein persönliches Recht zur Verfolgung des Anspruches auf die Implorantin und ihren Miteigenthümer übergegangen sei. Dessen ungeachtet bestätigt er das erste Urtheil, weil Implorantin durch die Cession nicht Eigenthümerin geworden ist, und weil nach seiner Annahme nur dem Eigenthümer die Vindikationsklage zusteht. Hierdurch verletzt er aber den Rechtssatz: daß das Vindikations-Recht cedirt werden kann, indem er verkennt, daß das bei einer solchen Cession abgetretene persönliche Recht eben das die Vindikationsklage begründende Recht ist, und daß es eines Ueberganges des Eigenthums, der, wie gezeigt, nicht stattfindet, gar nicht bedarf.

Nr. 211b. §§ 376, 377, 393—399, 400, 401. Cession. Der Cessionsakt. (Form. Blankocession. Uebergabe des Dokuments, der Cessionsurkunde. Folgen der unterbliebenen Form.)*)

a. Erk. v. 14. Febr. 1870; ObTr. 63 S. 87 (StrA. 78 S. 24).
b. Erk. v. 25. März 1837; ObTr. 2 S. 332.
c. Erk. v. 11. Juli 1865; ObTr. 54 S. 83 (StrA. 59 S. 307).
d. Erk. v. 20. Dez. 1847; Präj. 1965; ObTr. 16 S. 142.

Im Falle a. war für A. bei verschiedenen Hypothekenkapitalien das Niessbrauchsrecht und für zwei seiner Gläubiger die Ueberweisung dieses Niess-

*) Vgl. Windscheid 2 § 330; Dernburg 1 § 325; 2 § 82; Förster (Eccius) 1 § 99 unt. II 3 § 199a. — Nach §§ 376, 393, 394 h. t. und dem unt. Nr. 211 Ge-

brauchs eingetragen. Bei der Subhastation nahm die Ehefrau des A. die darauf zur Hebung gekommenen Beträge in Anspruch, weil die Gläubiger ihr ihre Rechte notariell in Gegenwart ihres Ehemanns, der für sie acceptirt, cedirt. Die Cession war nicht ausgefertigt, der Ehefrau A. nicht ausgehändigt, dieselbe aber in einem Prozesse gegen den Hypothekenschuldner in den Prozess mit Bewilligung der Gläubiger eingetreten, die jetzt lediglich geltend machten, dass die Cessionsurkunde nicht ausgehändigt. Die Klage der Gläubiger ist in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. hatte M. von einer von ihm auf Gr. eingetragenen Hypothek einen Theilbetrag an die verehel. H. cedirt. Nachdem später verschiedenen Gläubigern des M. Theile der Hyp. im Wege der Exek. überwiesen und Konkurs über den Nachlass des M. eröffnet war, wurde streitig, ob die verehel. H. den ihr cedirten Theil vor den Gläubigern fordern könne, was bestritten wurde, weil ihr ein Theildokument von dem im Gewahrsam des Gerichts befindlichen Dokument nicht ertheilt war. In 2. u. 3. Instanz ist ihr das Eigenthum zugesprochen. — Im Falle c. hatte die verehel. A. eine ihr gehörige Lebensversicherungspolice über 100, über die zu verfügen der Ehemann sie durch einen schriftl. Revers ermächtigt hatte, in einer von einem Schiedsmann aufgenommenen Verhandlung, die Beide unterkreuzt, an B. für 36 „verkauft", 21 erhalten, B. die als Faustpfand in den Händen des C. befindliche Police eingelöst und nach dem Tode der verehel. A. die Versicherungssumme erhoben. Als der Erbe der verehel. A. gegen B. auf Herauszahlung der erhobenen Summe klagte, wies der 2. Richter die Klage ab, weil das Geschäft der schriftlichen Form nicht bedürfe und rechtsgültig. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle d. hatte A. an B. Interimsscheine einer ausländischen Eisenbahn, für deren Uebertragung es nach dem Ges. v. 30. Mai 1840 der schriftlichen Cession bedurfte, verkauft, mit seiner darauf gesetzten Namensschrift behufs Darübersetzung der Cession übergeben, den Preis bezahlt erhalten. B. klagte auf Rückzahlung, weil die Cession als Blanko-Giro ungültig. Das ObTr. hat abgewiesen.

Gründe: a. Es ist unzweifelhaft, daß der Cessions-Akt, als einseitige Handlung des Eigenthümers einer Forderung, das Eigenthum derselben, ähnlich der Tradition einer Sache, im landrechtlichen Sinne der modus acquirendi des Eigenthumserwerbes ist, daß der Titel, abgesehen von der nothwendigen Cession, in dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, dem pactum de cedendo, liegt, welches aber mit

---

sagten fordert der Cessionsakt die Erklärung des Eigenthumsübertragungswillens, — vgl. StrA. 4 S. 158, 161 unt. Nr. 211, — deren Annahme, bei Existenz schriftlicher Schuldurkunde die schriftliche Form für jene Erklärung. Im Uebrigen ist die schriftl. Form nach den allgem. Grundsätzen im § 131 I 5 nur bei Obj. über 150 M. erforderlich. Der Satz des Erk. c., daß schriftl. Form stets zur vollen Wirkung erforderlich, ist unhaltbar; die Auslegung der §§ 395 ff. im Erk. c. steht im Widerspruch mit der im Erk. b. u. kehrt auch sonst nicht wieder. Neben der formgültigen Erklärung und deren Annahme bedarf es aber für den Cessionsakt und seine Wirkung nichts weiter, namentlich nicht der Aushändigung der Cessionsurkunde, Erk. a., welche aber Bedeutung für die Feststellung der Erklärung des Uebertragungswillens dem Cessionar gegenüber und deren Annahme behält, Nr. 211. Daß es auch der Uebergabe der Schuldurkunde zu diesem Ende nicht bedarf, Erk. b., ist namentlich auch für Hypotheken konstant festgehalten, Erk. a.; ObTr. 4 S. 70, Nr. 191, Bd. 2 S. 1; StrA. 88 S. 222, 225; ObTr. 63 S. 79 (StrA. 77 S. 242) unt. Nr. 212; 74 S. 37 (StrA. 93 S. 151); 73 S. 233. Ueber die Bedeutung, welche die Praxis dem Dokument für den Kollisionsfall im Sinne der §§ 23 ff. I 10 beilegt, vgl. Nr. 191 u. unt. Nr. 212, und über die abweichende Behandlung bei Schenkung vgl. ObTr. 82 S. 16 zu §§ 1065 ff. h. t.

Bei Wechseln ist dagegen mit Rücksicht auf die an den Besitz des Wechsels geknüpfte Natur des Wechselanspruchs zwar die Cession des Rechts des Wechselinhabers aus dem Wechsel nicht ausgeschlossen, aber ohne die Uebergabe des Wechsels Dritten gegenüber nicht voll wirksam. Vgl. darüber unt. Nr. 33, Bd. 1 S. 121, 122 u. OHG. 11 S. 250 unt. Nr. 191, Bd. 2 S. 4. Damit hängt zusammen, daß Uebertragung des Wechsels durch Giro gegen Entgeld als Kauf des Wechsels (als Sache) zu behandeln und deshalb die Abrede nach

dem Cessions-Akte zusammenfallen kann. Das Eigenthum der Forderung geht auf den Cessionar über, wenn er die Cessions-Erklärung acceptirt, sei es bei dem Cessionsakte selbst oder später. Durch diese Acceptation, welche formlos und auch stillschweigend geschehen kann, wird das Cessionsgeschäft perfekt. Es gehört dazu nicht die Aushändigung des Schuldinstrumentes, Präj. 493; ObTr. 2 S. 332, 4 S. 70*), es ist auch die Aushändigung der Cessions-Ausfertigung nicht unter allen Umständen erforderlich, um das Eigenthum der Forderung zu übertragen. Sie ist es nicht, wenn der Cessionsakt ein zweiseitiger ist, oder die Acceptation des Eigenthums anderweit konstatirt ist, und der Cedent seine Willenserklärung nicht geändert und wohl gar das Eigenthum des Cessionars wiederholt anerkannt hat. Die Aushändigung der CessionsAusfertigung kann aus Zufall unterblieben sein, sie kann ausdrücklich widerrufen, verbeten oder auch vorbehalten sein. Sie hat, abgesehen von dem Verhältnisse zum Schuldner, nur den Zweck, bei dem einseitigen Cessionsakte für die Offerte die Acceptation des Cessionars herbeizuführen. Die Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit der Cession ist nach § 393 I 11 ALR. nicht von der Aushändigung der schriftlichen Cession unter allen Umständen abhängig. Es kann selbst die Ausfertigung der existenten Cessions-Verhandlung überflüssig werden, wenn sonst kein Streit über die Annahme der Cession vorliegt, namentlich bei der Kaufgeldervertheilung subhastirter Grundstücke. Es sind vielmehr wesentliche Requisite nur: 1. die Erklärung des Cedenten, daß er das Recht übertrage, 2. Annahme derselben seitens des Cessionars, und 3. rechtsbeständige Form der Erklärung des Cedenten.

Freilich setzt die Annahme der Cession voraus, daß die in der Cession liegende Offerte mit dem Willen des Cedenten zur Kenntniß des Cessionars gelangt ist. Es hat nun aber der App.-Richter thatsächlich festgestellt, daß die Perfection des Cessionsvertrages nach den sonst vorhandenen Umständen klar vorliegt. Er leitet dies aus dem Zeugnisse des Notars her, wonach der Ehemann der v. S. mit dem Cedenten erklärt, daß die in Rede stehenden Ansprüche des Cedenten der v. S. abgetreten werden sollen, und daß sie sich über das Detail vereinbart hätten und bemerkt, daß, wenn auch eine Vollmacht der Ehefrau nicht nachgewiesen sei, doch hieraus erhelle, daß die Cession für die vereh. v. S. auf Grund der Vereinbarung mit dem Ehemanne gelten sollte, und deren Acceptation vorausgesetzt worden. Die Cession

---

*) Nr. 191, Bd. 2 S. 1.

---

§ 153 I 11 zulässig, daß der Geber für die ganze Wechselsumme (auch bei geringerer Girovaluta) zu haften, wenn die Wechselunterschrift gefälscht, StrA. 64 S. 230. Auch Grundschulden haben nach §§ 20, 38 Abs. 1, § 55 Abs. 1, 2 EigenthGes., § 122 (letzter Satz) GrBO. eine dem Wechsel so gleiche Gestalt erhalten, daß sie, so wenig sie ohne Aushändigung des Grundschuldbriefs entstehn, ohne dieselbe auch nicht übertragen werden können, RG. 3 S. 326.

Ueber den Anspruch des Cessionars auf Aushändigung der Schuld und Cessionsurkunde gegen den Cedenten vgl. unt. Nr. 212.

Wo aber nach § 394 h. t. die schriftliche Form für den Eigenthumsübertragungsakt erforderlich, ist ohne die Form der modus, die Tradition, nicht vorhanden; die bloße Uebergabe der Schuldurkunde genügt daher in solchem Falle nicht. So ObTr. 14 S. 232, wo besonders darauf hingewiesen, daß die Cession auch gemeinrechtlich als quasi traditio aufgefaßt, daß sie die Handlung der Uebertragung, dasselbe, was die Uebergabe bei körperl. Sachen; ohne sie steht der Cessionar also dem Käufer gleich, dem nicht übergeben. Vgl. auch ObTr. 20 S. 128; Präj. 2230 zu §§ 1065 ff. h. t. (Keine Schenkung einer Hyp. durch bloße Uebergabe des Hypothekendokuments.) Es verhält sich damit ebenso wie mit der Verpfändung von Forderungen, bei denen die Schriftlichkeit der Verpfändung mit Uebergabe des Dokuments zur symbol. Tradition erforderlich. Darauf beruht auch das Erk. c. Die Konsequenz könnte sein, daß die Befreiung der Verträge im Bereiche der Handelsgeschäfte von der Form, Art. 317 HGB., für die Frage, ob die Cession als Uebergabe von der Form befreit, nicht entscheidend, wie dies für die Besitzübertragung beim Faustpfand nicht streitig ist, OHG. 3 S. 153; 20 S. 76. In OHG. 15 S. 141, 145 u. RG. 10 S. 197, 200, 201, in letzterem handelte es sich um Hypotheken, ist indessen angenommen, daß nach Art. 317 HGB. im Bereiche der

charakterisire sich also als die Ausführung des vorangegangenen zweiseitigen Aktes, durch welchen die Acceptation der Cessionaria in der Person des Ehemanns anticipirt worden; er stellt weiter fest, daß die Acceptation erfolgt sei, indem im Vorprozesse auf Grund der Erklärung des Klägers, daß er seine Forderung an die Verklagte abgetreten habe, diese in den Prozeß eingetreten sei, daß Kläger seine Cessions-Erklärung nicht widerrufen, vielmehr die Verklagte als Eigenthümerin der Post anerkannt habe. Ist hiernach thatsächlich festgestellt, daß die Verklagte mit Wissen und Willen des Klägers die nicht vorher widerrufene Willenserklärung des Klägers acceptirt habe, und der Cessionsvertrag perfekt geworden, so kann dem App.-Richter nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe den Begriff und das Wesen der Cession verkannt und die §§ 376 377, 390, 393, 396 I 11 ALR. verletzt. Denn daß die Aushändigung der Cessions-Ausfertigung unter allen Umständen, auch wenn sonst feststeht, daß die Cession mit Willen und Wissen des Cedenten zur Kenntniß des Cessionars gebracht und von ihm acceptirt worden, wesentlich zur Gültigkeit der Cession gehöre, dies besagen die gedachten Gesetzesvorschriften nicht. Ebensowenig die allegirten Präjudikate. Das Erk. StrA. 8 S. 149 betrifft einen ganz andern Fall und ist völlig unerheblich. Das Erk. StrA. 19 S. 47*) ist ebensowenig passend; es handelt sich dort von der hinter dem Rücken des Cedenten ohne Auftrag an den Cessionar ertheilten Ausfertigung, so daß die Offerte nicht dem Cessionar gemacht war, und Cedent zur Sicherung der Cessions-Valuta das Schuldokument und die Cession hinter dem Notar gelassen, jene Urkunden aber von diesem eigenmächtig ausgehändigt worden. Der Kläger hat hier nicht einmal behauptet, daß er die Valuta nicht empfangen.

Gründe: b. Der erste Richter hat den von dem verklagten Kurator aufgestellten Einwand für begründet und durchgreifend erachtet und demgemäß angenommen, daß die verehelichte H. durch die von dem M. ihr ertheilte Cession um deswillen nicht die Eigenthümerin der cedirten Forderung habe werden können, weil keine Abzweigung von dem Hypotheken-Dokumente für die Cessionaria erfolgt sei, und es somit an derjenigen Thatsache fehle, welche die Uebergabe des cedirten Theils der Forderung vertrete. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht hat der verklagte Kurator weiter auszuführen versucht, daß M. ohne den Besitz des Hauptdokuments zur Ertheilung der Cession gar nicht befugt, und die Abzweigung eines Dokuments über den cedirten Theil der Hypothekenforderung zur Perfektion des Cessionsgeschäfts unumgänglich nöthig gewesen sei, so daß, ohne solchen Besitz und ohne Uebergabe des abgezweigten Dokuments, die intendirte Cession nicht in rechtsverbindlicher Art habe abgeschlossen werden können, und daß eben deshalb die Liquidantin durch die ihr ertheilte Cessionsurkunde gar keine Eigenthumsrechte auf die ihr cedirte Hypothekenforderung gegen ihren Cedenten erworben habe, mithin auch nicht gegen die Gläubiger und Erben ihres Cedenten geltend machen könne. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aber ohne Weiteres aus der klaren Vorschrift des § 393 I 11 ALR. Die im Gesetz vorbedungene Erklärung des Cedenten findet sich in dem Notariats-Instrument, worin M. von dem für ihn auf G. haftenden Hypotheken-Kapital den Betrag von 1493 Thlrn. 8 Sgr. nebst Zinsen vom Tage der Cession ab, mit allen ihm, dem Cedenten, deshalb zustehenden Rechten, und mit der Priorität

*) unt. Nr. 211.

Handelsgeschäfte auch für Cessionen die in § 394 h. t. vorgeschriebene schriftl. Form cessire, weil auch die Cession ein Vertrag, und insofern es sich bei der Cession um Eigenthumsübertr. handelt, Besitzübertr. bei Forderungen nicht denkbar, ist dem beizustimmen. Von redlichem Besitz der Forderung (verschieden von der Urkunde über die Forderung) kann aber nicht füglich die Rede sein. Die Heranziehung des § 163 I 5 im Erk. c. zur Begründung der Berücksichtigung der Ansprüche des Beklagten auf Erstattung des s. g. Kaufgeldes und des bei Einlösung des Pfandes Gezahlten ist deshalb um so bedenklicher, als die Klage, da Bekl. nicht mehr im Besitz der Police, als Vindikation dieser und noch weniger als Vindikation des erhobenen Geldes, nur als condictio aufgefaßt werden konnte, bei der die Erstattungsansprüche aus anderem Gesichtspunkte zu beachten waren. Davon geht auch StrA.

vor dem ihm verbleibenden Rest-Kapital, an die vereh. H. abgetreten und ausdrücklich darin gewilligt hat, daß diese Cession in das Hypothekenbuch eingetragen werde; und die Annahme dieser Erklärung seitens der Cessionaria liegt ohne Frage in der Annahme der die Erklärung verlautbarenden Cessionsurkunde. Nach klarer Vorschrift des § 393, welcher ganz allgemein von Abtretung der Rechte, also auch von abzutretenden Hypothekenrechten disponirt, bedurfte es nicht eines Mehreren, um das Eigenthum der cedirten Hypothekenforderung mit voller rechtlicher Wirkung zu übertragen und resp. zu erwerben.

Nur für die Form der Erklärung des Cedenten ist im § 394 a. a. O. vorgeschrieben, daß die Cession allemal schriftlich erfolgen müsse, wenn eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt wird; und diese Form ist im vorliegenden Falle beobachtet, indem M. die Cession mittelst eines Notariats-Instruments ertheilt hat. Für die Annahme der Cessions-Erklärung seitens des Cessionars ist im Gesetz keine besondere Form angeordnet; in Betracht der Vorschrift des § 81 I 5 ALR. kann es indeß keinem Bedenken unterliegen, daß die Annahme der Cessionsurkunde vollkommen genügt, um das Cessionsgeschäft in rechtsverbindlicher Art und mit der gesetzlichen Wirkung abzuschließen, daß durch dasselbe das Eigenthum des cedirten Rechts von dem Cedenten auf den Cessionar übertragen wird.

Der verklagte Kurator sucht seine entgegengesetzte Ansicht hauptsächlich aus den §§ 395, 396 a. a. O. zu rechtfertigen. Der § 395 besagt, daß der Schuldner nur demjenigen Cessionar mit Sicherheit zahlen könne, welcher sich durch den Besitz des Instruments und einer schriftlichen auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt; der § 396 verordnet, daß der Schuldner, nach geleisteter Zahlung, sich das Instrument ausantworten, oder, wenn es nur eine Abschlagszahlung war, dieselbe auf dem Instrumente vermerken lassen müsse. Es ergiebt aber schon die wörtliche Fassung des § 395, und noch deutlicher die Disposition des § 397 a. a. O., daß diese Bestimmungen nur eine dem debitor cessus empfohlene Sicherheits-Maßregel enthalten. Aus der Disposition des § 397 folgt nur, daß es Sache des Schuldners bleibt, wie er sich über die Person des rechtmäßigen Inhabers der Forderung Gewißheit verschaffen mag; keineswegs kann hieraus geschlossen werden, daß der Besitz der über die Schuldforderung sprechenden Urkunde, oder des von derselben abzuzweigenden Dokuments, als ein wesentliches Erforderniß des Cessionsgeschäfts betrachtet werden müsse, und daß demnach die Abtretung und Erwerbung eines urkundlichen Rechts nicht ohne die Uebergabe und Empfangnahme der betreffenden Urkunde in rechtsverbindlicher Art stattfinden, noch perfekt werden könne. Denn diese, vom verklagten Kurator aus den Bestimmungen der §§ 395 ff. hergeleitete Folgerung würde in unvereinbaren Widerspruch treten mit den obgedachten Vorschriften der §§ 393, 394, wonach auch das durch briefliche Urkunden begründete Recht schon durch die schriftliche Erklärung des Inhabers allein, auf einen Andern übertragen, und von diesem neuen Inhaber durch die bloße Annahme jener Erklärung eigenthümlich erworben werden kann.

Ebensowenig kann die vom verklagten Kurator aufgestellte Ansicht in dem von ihm allegirten § 399 a. a. O. und im § 9 des Ges. v. 4. Juli 1822, betr. die Executions-Vollstreckung in activa ihre Rechtfertigung finden. Denn diese Vorschriften verordnen nur, daß und wie die, durch die Erklärung des Cedenten oder durch eine

---

85 S. 34 aus, wo A. sein Leben für 3000 versichert hatte, die Police z. Z. seines Todes in den Händen seines Neffen B. und von diesem die Versicherungssumme erhoben war. Die Klage der Erben des A. gegen B. auf Erstattung ist hier abgewiesen, weil die Klage condict., diese aber auf die einfache Behauptung, daß B. die Summe unbefugt erhoben, nicht gestützt werden könne, da gegen den Erheber fremder Forderung noch ein Moment hinzukommen müsse, um die Erstattungspflicht für ihn zu begründen. Dies Moment hätte konkret allerdings darin gefunden werden müssen, daß die Versicherungsgesellschaft statutenmäßig an B. zahlen konnte, die Forderung des A. durch die Zahlung getilgt war. Aber daneben lag vor, daß A. die Police dem C. in Faustpfand gegeben, C. sie an die Mutter des B., und diese sie an B. gegeben. Das ObTr. erachtete deshalb den B. auch hier als redl. Besitzer, obwohl es anerkennt,

richterliche Verfügung ertheilte Cession auf dem betreffenden Dokumente, oder dem durch beglaubigte Abschrift desselben anzufertigenden Duplikate vermerkt werden soll; das über die cedirte Forderung sprechende Dokument, oder das über den cedirten Theil der Forderung abgezweigte Schuld-Instrument, ist aber keineswegs identisch mit dem cedirten Rechte der Schuldforderung; jene Urkunden sind vielmehr nur die schriftlichen Beweismittel für die Verität der cedirten Forderung; aus den Vorschriften über die Anfertigung und Form dieser Beweisurkunden kann also im Geringsten nicht gefolgert werden, daß nur durch deren Anfertigung und Uebergabe das durch sie zu erweisende Recht aus dem Eigenthume des Cedenten in das des Cessionars übergehen könne; eine solche Folgerung würde vielmehr dem im § 393 I 11 klar ausgesprochenen Rechtsgrundsatze geradezu widersprechen.

Gründe: c. Nach dem Wortlaute des § 394 I 11 ALR. enthält dieses Gesetz eine kategorische Formvorschrift und bei gleichzeitiger Erwägung, daß sich im § 393 ebendas., verbunden mit § 1 I 5 a. a. O., die Vertragsnatur der Cession ausgedrückt findet und daß nach § 109 das. zur Gültigkeit eines Vertrages die im Gesetze vorgeschriebene Form gehört, kann die fragliche Bestimmung nur dahin aufgefaßt werden, daß im vorausgesetzten Falle von der Schriftlichkeit der Cession deren Gültigkeit bedingt ist. Eine Andeutung davon, daß die Schriftlichkeit der Cession nur ein einseitiges Erforderniß sein, ihre Unterlassung nur gegen den Cedenten wirken und dieser sich auf ihren Mangel dem Cessionar gegenüber zu berufen, nicht befugt sein solle, ist weder im § 394 noch in einer anderen Gesetzes-Vorschrift enthalten. Namentlich gestatten die folgenden §§ 395—398 solche Auslegung nicht. Im Gegentheile wird durch diese Paragraphen jene Auffassung des § 394 bestätigt.

Gemäß § 376 setzt der Cessionsakt, trotz seiner eigenen Vertragsnatur, eine vorangegangene Vereinbarung über seine Vollziehung voraus und wird im § 377 als Uebertragung des cedirten Rechts bezeichnet. Die Wirkung der Cession, als Rechtsübereignung, basirt hiernach auf zwei Verträgen. Und wenn auch diese der Regel nach in einem Geschäftsabschlusse zusammen fallen, so kann doch unter Umständen die Verschiedenheit ihres rechtlichen Charakters von Bedeutung sein. Wenn über eine cedirte Forderung briefliche Urkunden nicht existiren, der Fall des § 394 also nicht vorliegt, so gelten die allgemeinen Formbestimmungen der §§ 131 ff. I 5. Sofern also die Forderung nicht über 50 Thlr. beträgt, genügt die mündliche Form sowohl für den Cessionsvertrag, als auch für den Cessionsakt selbst. Letzterer entbehrt aber der vollen Wirkung. Denn der Cessionar wird durch nur mündliche Cession nicht berechtigt, von dem Schuldner die Zahlung zu verlangen, und dieser wird, wenn er freiwillig Zahlung leistet, durch dieselbe einem dritten redlichen Inhaber der Forderung gegenüber von seiner Schuldverbindlichkeit nicht befreit. Die Schriftlichkeit der Cession ist daher auch in solchem Falle wesentlich. Sie muß auch hier hinzutreten, um den ganzen Effekt der Eigenthumsübertragung an den abgetretenen Rechten hervorzubringen. Es vertritt also bei Abtretung von Rechten nur der schriftliche Cessionsakt die Tradition körperlicher Sachen, § 1 I 10; §§ 1, 9 I 8 ALR. Existirt ein Schulddokument über die cedirte Forderung, liegt also der Fall des § 394 vor, so muß, abgesehen von der Schriftlichkeit der Cession, die Uebergabe des Instruments, beziehungsweise die Abschreibung der cedirten Summe auf diesem stattfinden. Beides, Schriftlichkeit der Cession und diese Uebergabe oder Abschreibung, muß zusammentreffen, um den obgedachten Effekt hervor-

---

daß die Eigenthumsübertr. nur durch schriftliche Cession erfolgen konnte. In Wahrheit stand der Klage der Anspruch des Bekl. aus dem Faustpfandverhältnisse an der Urkunde auf Erstattung dessen entgegen, was dem A. für das Faustpfand gegeben war.

Sowohl aus Erk. c., welches für die Interpretation der §§ 397, 398 h. t. von Wichtigkeit, wie aus StrA. 85 S. 34 ergiebt sich zugleich, daß auch die blos mündl. Cession für das Verhältniß zwischen Cedenten und deb. cessus erheblich, wenn der deb. c. darauf hin gezahlt hat. Vgl. darüber und das Verhältniß des Cessionars zum deb. c. in diesem Falle StrA. 14 S. 234 u. ObTr. 65 S. 281 unt. Nr. 213.

Die Blankocession behandelt Erk. d. Vgl. Nr. 82, Bd. 1 S. 323 und § 55 EigenthGes. über Blankoabtretung von Grundschulden. In dem im Erk. d. angezogenen Falle

zurufen. Es genügt hierzu namentlich nicht die Uebergabe des Instruments allein, gleich einer symbolischen Tradition, §§ 62 ff. I 7 a. a. O. Alles dies bestimmen die §§ 395—397. Dieselben anerkennen danach die Wesentlichkeit der schriftlichen Abfassung des Cessionsaktes, indem ihnen gemäß stets der Cessionar einer schriftlichen Cession bedarf, um die Erfüllung der den abgetretenen Rechten gegenüberstehenden Verbindlichkeit erzwingen zu können. Demgemäß kann es sich nur fragen: ob zur Erreichung dieses Zweckes der Cessionar gesetzlich befugt ist, bei nur mündlich erfolgter Cession die Umgestaltung des Cessionsaktes in die schriftliche Form von dem Cedenten zu verlangen. Dieser Anspruch setzt jeden Falls die Rechtsverbindlichkeit des voraus-gegangenen Cessionsvertrages voraus, § 86 Einl. Wenn nun der § 394, welcher, wie aus seiner Fassung und seinem Anschlusse an den § 393, der den nothwendigen Inhalt des Cessionsgeschäfts behandelt, hervorgeht, auf das Rechtsverhältniß zwischen Cedenten und Cessionar und die Form des Cessions-Geschäfts überhaupt, somit auf den Cessionsakt in Verbindung mit dem Cessionsvertrage, also auf beide Rechts-geschäfte sich bezieht, vorschreibt, daß beim Vorhandensein brieflicher Urkunden über die Schuldforderung deren Abtretung schriftlich geschehen müsse, so muß für den Fall, daß solche Urkunden vorhanden sind, die oben hervorgehobene Frage unbedingt ver-neint werden, wenn man dem § 394 nicht alle rechtliche Bedeutung absprechen will. Im Anschlusse nämlich an den § 397, wonach den Schuldner (debitor cessus) bei Vernachlässigung der Bestimmungen der §§ 395 und 396 die Zahlung nicht liberirt, verordnet der § 398.

> Der Cedent aber muß die Zahlung wider sich gelten lassen, wenn die von ihm an den Empfänger wirklich geleistete Cession auch nur auf andere Art erwiesen werden kann.

Nach ihrem Inhalte und ihrem Zusammenhange mit § 397, welcher ausdrücklich nur auf die §§ 395, 396, nicht auch auf § 398 verweist, steht die Vorschrift des § 398 zu der des § 394 in keiner Beziehung; es wird also auch von ihr das Rechts-verhältniß zwischen dem Cedenten und Cessionar nicht berührt. Andererseits kann der fraglichen Vorschrift nur für den Fall, wo die gesetzlichen Formen der Cession nicht beobachtet sind, Erheblichkeit beigemessen werden. Denn im entgegengesetzten Falle versteht es sich von selbst, daß der Cedent die Handlungen und Leistungen des Cessionars und des Schuldners anerkennen muß; insbesondere bestimmt der § 397, wie schon erwähnt, daß, außer im Falle des § 394, der Mangel schriftlicher Form dem Schuldner nur das Recht entzieht, den Einwand der Zahlung einem dritten redlichen Inhaber der Forderung entgegenzusetzen. Für jenen Fall der Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschriften aber, zu denen die Bestimmung des § 394 selbstredend gehört, anerkennt das Gesetz nur die eine, im § 398 bestimmte Wirkung der Cession, welche sich auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Cedenten und debitor cessus beschränkt, auch keineswegs auf einer theilweisen oder relativen Rechtsverbindlichkeit des Cessions-geschäfts beruht, sondern lediglich eine Anwendung der Grundsätze von dem Einflusse des bösen Glaubens (der mala fides) auf Rechts-verhältnisse zum Ausdrucke bringt; denn es ist die Thatsache der Zahlung, wodurch die fr. Wirkung hervorgerufen wird, weil diese Zahlung als von dem Cedenten selbst veranlaßte Leistung betrachtet werden muß.

ObTr. 1 S. 161 exzipirte der Beklagte deb. c., daß der klagende Cessionar nicht gehörig le-gitimirt, weil die Cession vom Cedenten in blanco unterschrieben. Festgestellt wurde, daß der Cedent dem Kommis des Cessionars die Schuldurkunde (ein Schuldschein) mit seiner Blanko-unterschrift ausgehändigt und demselben dabei gesagt, er solle darüber setzen, was erforderlich, der Kommis die Cession darüber geschrieben. Das ObTr. ließ den Einwand durchgreifen, weil schriftl. Vertr. ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift erhielten, eine Unterschrift in blanco solche nicht sei; dabei läßt es dahin gestellt, ob der Cessionar gegen den Cedenten ein Recht auf Anerkennung der Cession daraus herleiten könne, daß die Ausfüllung seinem Willen gemäß geschehe; übrigens sei der Auftr. an den Kommis ein Mandat, aus welchem ohne schriftl. Vollm. nach § 8 I 13 gegen den Cedenten nicht zu klagen gewesen wäre; deshalb

Hiernach gewährt bei Nichtbeachtung der für die Cession vorgeschriebenen Form, und zwar ohne Unterscheidung zwischen den betreffenden allgemeinen Vorschriften und der Bestimmung des § 394, der § 398 nur den Einwand der Unredlichkeit (exceptio doli) und auch diesen nur dem debitor cessus; dem Cessionar namentlich ist ein Recht, dem Aufrufe der Cession wegen Formmangels seitens des Cedenten zu widersprechen, nicht verliehen.

Als Resultat aus dieser Erörterung der §§ 395—398 a. a. O. ergiebt sich der Grundsatz, daß der § 394, weil er nicht als illusorische Bestimmung angesehen werden kann, zu denjenigen Formvorschriften, von welchen der § 109 I 5 handelt, gerechnet werden und deshalb angenommen werden muß, daß die Rechtsverbindlichkeit der Cession beim Vorhandensein brieflicher Urkunden über die cedirte Forderung von der Schriftlichkeit bedingt wird.

Im Wesentlichen stimmt hiermit die Motivirung der ObTr.-Erk. (A. f. Rechtsfälle 14 S. 327) und ObTr. 14 S. 237 ff. überein.

Indem der App.-Richter durch seine entgegengesetzte Auslegung der §§ 394, 395, 398 I 11 dahin geführt worden ist, den § 394 auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung zu bringen, hat er hierdurch diese Gesetzesvorschrift unmittelbar und den § 109 I 5 mittelbar verletzt, und es mußte daher seine Entscheidung vernichtet werden. Dieselbe wird auch dadurch nicht gehalten, daß es der App.-Richter dahin gestellt sein läßt, ob der zwischen der Erblasserin des Klägers und der Verklagten geschlossene Vertrag als Kauf oder Cession zu behandeln sei. Für den Charakter des Kaufs ist nichts angeführt, und wenn man dem App.-Richter unterstellen wollte, den fraglichen Vertrag als Kauf aufgefaßt zu haben, so würde ihn der Vorwurf eines Verkennens des rechtlichen Charakters und der Natur des vorliegenden Rechtsgeschäfts unter Verletzung des § 376 I 11 ALR. treffen, weil jener Vertrag unzweifelhaft die Abtretung obligatorischer Rechte zum Gegenstande hatte, und aus dem citirten § in Verbindung mit den ihm nachfolgenden hervorgeht, daß solche Rechtsveräußerung nach den Bestimmungen über Cession behandelt werden soll.

In der Sache selbst war dem App.-Richter darin beizutreten, daß das Protokoll v. 10. Juni 1863 nicht als Schiedsmannsakt, auch nicht als gültiger schriftlicher Vertrag angesehen werden kann, weil die Aufnahme desselben außerhalb des Bereichs der schiedsmännischen Kompetenz liegt (§ 6 Instr. v. 1. Mai 1841 *)), bezüglich, weil die Unterschriften der Kontrahenten fehlen (§§ 116, 172 I 5 ALR.), daß andererseits aber die materiellen Anfechtungsgründe des Klägers hinfällig sind. Wenn man auch nicht den Inhalt des Reverses als „Genehmigung" des fraglichen Vertrages bezeichnen will, so kann ihm doch die Geltung einer ehemännlichen Einwilligung im Sinne des § 196 II 1 ALR. nicht abgesprochen werden. Die Behauptung des Klägers, daß der Vertrag unrichtig datirt sei, ist offenbar unerheblich, weil Kläger selbst aus dieser angeblichen Unrichtigkeit keine Folgen herleitet, welche die Gültigkeit des Vertrages in Zweifel stellen könnten. Und die Ansicht des Klägers endlich, daß die Erklärungen der Kontrahenten unzulänglich seien, ist unrichtig, weil in diesen Erklärungen die Erfordernisse des § 393 I 11 enthalten sind. Danach entbehrt der fragliche Vertrag nur wegen Mangels der schriftlichen, beziehlich der notariellen oder gerichtlichen Form, der Rechtsverbindlichkeit und hieraus folgt, daß Kläger zwar nicht an denselben gebunden ist, der Kläger aber der Verklagten die Rechte des redlichen

---

*) Vgl. jetzt Schiedsmanns-O. v. 29. März 1879 §§ 1, 12.

---

könne dem Dritten der Einwand nicht abgeschnitten werden. Dagegen ist in StrA. 2 S. 9; 36 S. 139 wieder angenommen, daß der Cedent, der auf Grund des p. d. c. und behufs Eigenthumsübertragung seinen Namen auf die Schuldurkunde gesetzt, den Mangel der Schriftlichkeit ebenso wenig wie der Cessionar rügen könne, auch wenn der Vermerk nicht ausgefüllt; das p. d. c., und daß Eigenthum habe übertragen werden sollen, habe allerdings zu beweisen, wer Rechte aus der Unterschrift herleite. Nicht entschieden ist die Frage in StrA. 37 S. 288, wo A. Seehandlungsobligationen, die auf seinen Namen lauteten, mit Blankogiro an B. gegeben, der sie an C. weiter gegeben, bei welchem A. sie arrestiren ließ. Die Eigenthumsklage des C. gegen A. wurde abgewiesen, weil festgestellt, daß A. dem B. die Obligationen nur ge-

Besitzes zugestehen muß, § 163 I 5. Diese Rechte sind von der Verklagten eventuell geltend gemacht.

Gründe: d. Der App.-Richter hält das Blanko-Giro für keine vollständige Cession. Diese von der Verklagten angefochtene Rechtsansicht beruht insofern auf einer richtigen Grundlage, als zur Erfüllung eines Cessionsvertrages die bloße Uebergabe der cedirten Urkunde nicht genügt, vielmehr nach § 393 I 11 ALR. die angenommene Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige ausüben solle, den Akt der Cession, das Analogon der Tradition körperlicher Sachen bildet, und diese Erklärung, bei Abtretung einer verbrieften Forderung nach § 394 der Schriftform bedarf. So lange also bei einem mündlich verabredeten Cessionsvertrage es an einer dieser Requisiten entsprechenden Erklärung des Cedenten fehlt, ist auch der Vertrag von dessen Seite noch nicht erfüllt. Der App.-Richter irrt aber darin, daß er das s. g. Blanko-Giro nicht für eine den §§ 393, 394 entsprechende Erklärung erachtet. Geht die Vereinbarung der Parteien, wie es bei einem Blanko-Giro der Fall ist, dahin, daß das Eigenthum der cedirten Urkunde auf denjenigen, welchem sie mit der Namensunterschrift des früheren Eigenthümers ausgehändigt wird, übergehen, und dieser berechtigt sein soll, über jene Unterschrift den Uebertragungsvermerk zu setzen, wozu ihn eben die Aushändigung der Urkunde mit der Unterschrift in den Stand setzt, so ist eben dieser Vereinbarung nach von Seiten des Cedenten durch die Unterschrift seines Namens das ganze Maß der Schriftlichkeit erfüllt, welches eintreten soll. Man kann von dem Cedenten nicht verlangen, daß er den Cessionsvermerk ausfülle, da vertragsmäßig dies dem Cessionar überlassen worden ist, dessen Lage dadurch nur erschwert werden würde, indem er ja vermöge der Blanko-Unterschrift ermächtigt war, statt seiner eigenen Person etwa sofort einen Andern als den Cessionar einzurücken, wie dies zur Erleichterung des Verkehrs nicht selten vorkommt. Der § 136 I 10 AGO. kann gegen die Vollgültigkeit einer solchen Unterschrift nicht allegirt werden; denn der Cedent wird in diesem Falle nie behaupten können, daß das Produktum „hinter seinem Rücken" d. h. ohne sein Wissen und Willen über die Unterschrift extendirt worden (vgl. Rechtsfälle Bd. 1 S. 189). Von diesem Gesichtspunkte aus wird nun ohne Weiteres klar, daß bei einer Blanko-Unterschrift, die laut mündlicher Verabredung unter eine cedirte Urkunde mit Aushändigung derselben an den Cessionar und zur Beurkundung der Cession gesetzt wird, die schriftliche Erklärung des Cedenten, wie sie dem § 393 entspricht, eben durch diese Unterschrift vollständig hergestellt wird, und daß dasjenige, was nun der Cessionar noch hinzufügen muß, um gegen den Schuldner der abgetretenen Post davon Gebrauch machen zu können, nicht zur Vollendung des Akts der Abtretung gehört. Es steht also dem Cessionar, welcher die cedirte Urkunde mit dem Blanko-Giro in Empfang genommen und die Valuta bezahlt hat, keineswegs frei, sich unter dem Vorwande von dem Geschäfte, als einem nicht erfüllten loszusagen: daß er von der nach Zeit und Weise ganz in seine Willkür gestellten Ausfüllung des Giro zur Zeit noch keinen Gebrauch gemacht habe. Denn eben die Befugniß, dies nach Gefallen zu thun oder noch zu unterlassen, bildet einen Bestandtheil der vermöge der Verabredung auf ihn übergegangenen Rechte. Daß die Aushändigung der mit dem Blanko-Giro versehenen Urkunde die vollständige Erfüllung von Seiten des Cedenten dem Cessionar gegenüber enthält, ist bereits in dem Urtel des ObTr. v. 6. April 1815 angenommen. (Rechtsspr. von Simon und Strampff 1 S. 159.)

---

liehen und zu diesem Zwecke in blanco girirt, C. beim Erwerben unvorsichtig gehandelt, insofern er sich mit dem Blankogiro begnügt, statt bei A. nach dessen Bedeutung anzufragen.

Grundsätzlich wird davon auszugehn sein, daß, wo schriftliche Cession erforderlich, das vom Gesetz nur ausnahmsweise zugelassene Blankogiro (Art. 11—13 WO., Art. 173, 181a., 182, 183, 183a., 220 HGB.; Ges. v. 18. Juli 1884, Art. 303—305 HGB.) unstatthaft ist, so auch StrA. 47 S. 365, und daß Unterschrift regelmäßig nicht vorliegt, wo der Kontext nach der Unterschrift geschrieben; ob ausnahmsweise die vorherige Unterschr. nach der Willensmeinung des Zeichners den nachherigen Kontext deckt, ist konkret zu prüfen; solche Fälle sind wohl denkbar. Vgl. aber unt. Nr. 82.

Die Wirkung dem debitor cessus gegenüber, welche in dem Rechtsfalle ObTr. 1 S. 161 zur Frage kam, und nach der dort vorhandenen Sachlage nicht angenommen wurde, ist hiervon verschieden; sie kann im gegenwärtigen Falle dahin gestellt bleiben; und führt mithin der zuletzt angeführte Fall die Nothwendigkeit einer Plenarentscheidung nicht herbei.

Nr. 212. §§ 390—392, 393, 402 ff., 413 ff., 420—441. Cession. Wirkung. Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar. Bekanntmachung (Denunciation). Mehrfache Cession.*)

a. Erk. v. 22. Jan. 1875; ObTr. 74 S. 37 (StrA. 93 S. 141).

b. Erk. v. 27. Nov. 1873; ObTr. 71 S. 31 (StrA. 90 S. 307).

c. Präj. 1901 v. 16. Aug. 1847; ObTr. 15 S. 155.

Im Falle a. hatte A. sein Grundstück an B. verkauft; die Auflassung sollte am 2. Januar 1873 erfolgen und dabei der nach dem Vertrage für A. verbliebene Kaufgelderrest eingetragen werden. A. cedirte diese Kaufgelderforderung an C., nachdem aber am 2. Januar 1873 der Konkurs über A. eröffnet, erfolgte auf Grund eines im April 1873 zwischen dem Verwalter und dem Käufer B. geschlossenen Vergleichs zwar die Aufl. an B., die Kaufgelder aber wurden für A. eingetragen, das Dokument dem Verwalter ausgehändigt. Als C. gegen den Verwalter auf Herausgabe des Dokuments und Einwilligung in die Umschreibung der Hyp. klagte, ist er in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. — Im Falle b. hatte Chr. M. an M. eine Hyp. mit Gewähr für Richtigkeit und Sicherheit cedirt, M. an die Klägerin die Hyp. weiter cedirt. Als die Hyp. ausfiel, klagte die Klägerin wegen dieses Ausfalls gegen die Beklagte, welche von Chr. M. dessen Gut gekauft, auf Ungültigkeitserklärung des Kaufs als in fraudem cred. geschlossen. Die Beklagte wendete ein, dass der Klägerin der Anspr. auf Ersatz des Ausfalls gegen den Chr. M. nicht aus dessen Vertrag mit M. zustehe. Die Klage ist deshalb abgewiesen. — Im Falle c. hatte A. von B. Anweisung auf C. erhalten, die C. acceptirt, und die Anweisung an D cedirt. Als C. nicht zahlte, klagte D. auf Rückzahlung der Cessions-Valuta gegen A., der einwendete, dass D. zunächst den deb. c. in Anspruch nehmen müsse. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen verurtheilt.

Gründe: a. In diesen ist zunächst ausgeführt, daß der Kläger durch die Cession Gläubiger und Eigenthümer der abgetretenen Kaufgelderforderung geworden und mit der Forderung die als Zubehör anzusehende Schuldurkunde in das Eigenthum des Cessionars übergegangen sei. Dann heißt es weiter:

Wenn die Cedentin, nach erfolgter Cession der mit dem Pfandrechtstitel versehenen Forderung, in ihrer Gewahrsam die Schuldurkunde behielt und die hypothekarische Eintragung der Forderung bewirkte, so fällt diese Handlung unter den Gesichtspunkt des Auftrages oder der Führung fremder Geschäfte. Das Recht des Cessionars, dessen Forderung nicht untergegangen ist und als Hypothekenforderung

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 331—334; Dernburg 1 § 325; 2 § 84; Förster (Eccius) 1 § 99 unt. IV; 3 § 199a. — Die Wirkungen des Cessionsgeschäfts zwischen Cedenten und Cessionar werden durch das p. d. c. und den Cessionsakt bestimmt; beide sind aber, wie unt. Nr. 211 betont, auch dabei auseinanderzuhalten. Vgl. Erk. b. Das p. d. c. regelt die obligator. Beziehungen zwischen Cedenten und Cessionar, wesentlich für sie ist die Rechtsnatur des Geschäfts, welches das p. d. c. bildet. In Betracht kommt dabei namentlich, ob es Schenkung oder ein lästiges Geschäft (Kauf, Tausch, dat. in sol.) ist; bestimmt wird dadurch z. B. die Gewährleistung, § 1083 h. t., §§ 317, 318 I 5, §§ 378, 381 h. t.,

fortbesteht (ALR. I 20 §§ 1, 11, 55, 404, 436, 520; 2 §§ 140, 141; Ges. v. 5. Mai 1872 § 19 Nr. 1), hat zu dessen Nachtheile durch die Eintragung in das Grundbuch eine Aenderung nicht erlitten. Zwischen der Cedentin und dem Cessionar bleibt das frühere Rechtsverhältniß bestehen, wenn die Erstere mit Unterdrückung der Cession die Eintragung der Hypothek auf den eigenen Namen veranlaßt hat. Durch die Aenderung ihres Willens ist die Cedentin, welche für die Richtigkeit der abgetretenen Forderung haftet, nicht im Stande, dem Cessionar das demselben abgetretene Recht zu entziehen (ALR. I 7 § 69); und eine Entziehung des Rechtes ohne den Willen des Cessionars begründet die Rückforderungsklage.

Gegen die Scheineigenthümerin einer Hypothekenforderung steht dem wahren Eigenthümer das in der geeigneten Weise zur Ausführung zu bringende Rückforderungsrecht zu (ALR. I 15 §§ 1, 3; StrA. 62 S. 164, 69 S. 273). Hiernach ist die Klage insoweit begründet, als nicht die neue Grundbuchgesetzgebung oder die Vorschriften der KO. entgegenstehen. Erst am 1. Mai 1873, mithin unter der Herrschaft des neuen Grundeigenthumsgesetzes (§ 72), ist die Eintragung der dem Kläger abgetretenen Kaufgelderforderung in das Grundbuch des verkauften und aufgelassenen Grundstückes erfolgt. Uebereinstimmend wird von dem alten und neuen Recht für die Entstehung einer Hypothek neben dem Vorhandensein einer Forderung oder eines Schuldgrundes die Eintragung verlangt. (ALR. I 20 §§ 1—5, 399, 411; Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 18, 19.)

Dem neuen Gesetze gemäß, ist von dem Käufer bei der Auflassung des gekauften Grundstückes die Eintragung des Kaufgelderrückstandes, für welchen in dem Kaufvertrage die Hypothek versprochen war, bewilligt. Mit dieser Bewilligung ge-

---

§§ 242, 262, 263 I 16; Erk. b. Aus dem formgültigen p. d. c. folgt für den Cedenten die Verpfl. zur Cession, für den Cessionar die Verpfl. zur Zahlung der bedungenen Valuta zunächst; daneben können aber wie sonst bei Kauf, Tausch u. s. w. auch andere Verpflichtungen sich ergeben, wie z. B. die Verpflichtung zur Liberation des Cedenten aus dem Rechtsverh. dem deb. c. gegenüber u. sonst. Ein Beispiel giebt StrA. 2 S. 9, wo Eisenbahn-Interimsscheine cedirt und vom Cedenten nach der Cession durch die Gesellschaft Einzahlungen gefordert waren, für die er verpflichtet geblieben war, während das volle Recht auf den Cessionar übergegangen. Daß bei nicht formgültigem p. d. c. die Erfüllung durch den Cessionsakt nicht anders wirkt, als bei jedem andern Geschäft, die §§ 146, 155 ff. I 5 in gleichem Maße anwendbar, darüber vgl. unt. Nr. 211 und das abweichende Erk. c. daselbst. Ist in der Urkunde über den Cessionsakt die Valuta bezeichnet, so ist Cedent und Cessionar des Beweises überhoben, der Gegenbeweis über das abweichende p. d. c. aber nicht ausgeschlossen, StrA. 14 S. 276. Enthält die Cessionsurkunde nichts darüber, sondern nur, daß die Valuta der Abrede gemäß berichtigt, so gilt dies als Quittung, gegen welche der Gegenbeweis offen; soweit es (z. B. für den Gewährleistungsanspr.) darauf ankommt, was gezahlt, hat zu beweisen, wer darauf Rechte gründet. Ueber die Verpflichtung des Cedenten zur Gewährleistung, welche seiner Hauptpflicht aus dem p. d. c. neben der Verpfl. zur Leistung der Cession, vgl. Nr. 212a. Bei Cession an einen Anderen als den durch das p. d. c. bestimmten Cessionar vor Cession an diesen, treten die allgem. Grundsätze I 10 ein; über die Kollision bei mehrfacher Cession vgl. Nr. 191, Bd. II S. 1 und weiter unten. Zieht Cedent vor der Cession das deb. ein, so gelten die allgem. Grundsätze des Tit. 5 über Erf. der Vertr. Bei Einziehung nach der Cession haftet der Cedent sowohl aus dem p. d. c. wie aus dem verletzten Eigenth. des Cessionars, mindestens aus §§ 187 ff. I 16 mit der cond. sine c., StrA. 48 S. 361, mag auch der deb. c. dabei in culpa sein oder nicht. Der Zahlung an den Cedenten oder der Einziehung durch ihn steht aber völlig gleich, wenn der deb. c. seine Schuld an den Cedenten durch eine Forderung an denselben bezahlt, d. h. durch compens. tilgt, §§ 300, 301 I 16, die er im Prozeß des Cessionars gegen ihn geltend macht und welche die Abweisung des Cessionars zur Folge hat. Der Cedent haftet auch in diesem Falle aus dem p. d. c. auf Erstattung der Valuta und muß sich seiner Klage auf Zahlung der Valuta den Einwand der compens. seitens des Cessionars mit dem, was dieser in Folge der comp. des deb. c. von der cedirten Forderung hergegeben hat, gefallen lassen, weil der Cessionar mit seiner Forderung die Schuld des Cedenten an den deb. c. gegen die Absicht des p. d. c. bezahlt hat. Auch daß der Cessionar der Gewährl. für Verität und Bonität entsagt hat, steht dem nicht entgegen, weil es sich in solchem Falle um Gewährl. nicht handelt, die cedirte For-

nügte der Käufer der in dem Kaufvertrage übernommenen und durch den Vergleich v. 7. April 1873 nicht abgeänderten Verbindlichkeit, welche, auch nach erfolgter Eintragung des Käufers als Eigenthümer, durch Klage und verurtheilendes Erkenntniß zur Geltung gebracht werden konnte (a. a. O. § 19 Nr. 2). Durch die dem neuen Gesetze entsprechende Willenserklärung zur Begründung der vertragsmäßig zugesicherten Hypothek ist weder eine Veränderung in der Natur der Hypothek, noch in der Natur der durch die Hypothek sicher gestellten Forderung hervorgebracht. Auf den § 15 des Eigenth.-Ges., welcher in der Kenntniß des älteren Rechtes eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechtes für den Erwerb eines eingetragenen dinglichen Rechtes ein Hinderniß nicht anerkennt (vgl. § 4) sich zu berufen, steht der Cedentin nicht zu. Der Cedent ist der Vorfahr, Auktor des Cessionars und in Bezug auf das abgetretene Recht nicht ein Anderer, welcher durch die Ausübung des Rechtes mit dem Cessionar in Kollision geräth. Ferner ist die Hypothek nicht ein selbstständiges dingliches Recht und kann dieselbe nur zur Sicherstellung einer Forderung erworben werden. Die Forderung ist die Hauptsache und die Hypothek das Akzessorium. (Förster Grundbuchr. S. 146.) Von der ihre Voraussetzung bildenden Forderung kann die Hypothek nicht getrennt werden. (Eigenth.-Ges. § 52; Förster Theorie ꝛc. §§ 99, 190.) Es ist eine rechtliche Unmöglichkeit, daß die Cedentin die Hypothek erworben hat, während dem Cessionar das persönliche Forderungsrecht verblieben sein könne. Unter dem persönlichen Forderungsrechte kann nur die dem Kläger abgetretene Kaufgelderforderung verstanden sein. Das Vorhandensein einer zweiten Forderung der Cedentin an B. erhellt nicht. Als Schuldgrund der bewilligten Hypothek ist von dem Käufer in demselben Pro-

---

derung gültig bestand, da ihre Gültigkeit durch die comp. nicht beeinträchtigt wird, der kompensirende deb. c. auch nicht deshalb als unsicher erscheint, in Wahrheit vielmehr die cedirte Forderung zur Befreiung des Cedenten verwandt ist. So ObTr. 12 S. 238, wo außerdem § 46 I 16 benutzt ist, indem daraus gefolgert, daß der Cessionar in die Stelle des durch die comp. befriedigten deb. c. getreten, dessen Forderung erworben und diese Forderung gegen die Valutaforderung des Cedenten aufrechnen kann. In Bezug auf geschenkte Forderungen wird § 411 I 12 analog anzuwenden sein.

Ueber die beschränkte Anwendbarkeit der Anfechtung des p. d. c. wegen laesio en. für den Cessionar, §§ 381, 58 ff., 250 ff. h. t., vgl. Förster (Eccius) 1 § $99_{125-129}$. In der Praxis des ObTr. ist die Frage nicht zur Sprache gekommen. Im Uebrigen finden alle Anfechtungsgründe Anwendung, welchen andere Vertr. unterliegen; z. B. kann jetzt Art. 3 des Wucherges. v. 24. Mai 1880, wie nach StrA. 8 S. 345, früher die §§ 322 ff. h. t. über den wucherl. Kauf und Wiederkauf, anwendbar werden. Vgl. auch Erk. b. Nr. 212a.

Wie das p. d. c. auch für die Bestimmung der Bedeutung des Cessionsakts wichtig, darüber vgl. ObTr. 56 S. 97 (pact. rec. dom. bei Cession) unt. Nr. 201, Bd. 2 S. 138 u. Nr. 211, ObTr. 17 S. 158 (Anwendung des § 230 h. t.) unt. Nr. 211; StrA. 85 S. 138 das. u. unt. Nr. 86, Bd. 1 S. 344, StrA. 88 S. 24, das. S. 345, StrA. 95 S. 237, das. S. 346. Auch bei der Cession wird, wie beim Kauf körperl. Sachen, die Möglichkeit der Eigenthumsübertr. zum Zweck der Sicherheitsbestellung nicht auszuschließen sein; auch dafür wird das p. d. c. entscheiden, RG. 10 S. 251 (nebenbei).

Für die Wirkung des Cessionsakts, der Cession, kommen die §§ 376, 393, 402 h. t. in Betracht. Danach ist es für das Preuß. R. unzweifelhaft, daß, abweichend vom Röm. R., nach welchem der Cessionar nur das Klagerecht vermöge der actio mandati als procur. in rem suam ausübte oder die actio als actio utilis erhielt, aber übereinstimmend mit der entwickelten gemeinrechtl. Praxis (RG. 4 S. 111; OHG. 23 S. 314; ObTr. 65 S. 52; Savigny, Obl. R. 1 S. 245; Bähr in Jherings Jahrb. 1 S. 369; Windscheid 2 § 331) der Cessionar durch die Cession allein ohne Hinzutritt eines anderen Moments das Eigenth. der Forderung ihrer Substanz nach, das Gläubigerrecht, erhält, d. h. in das Rechtsverhältniß zwischen Cedenten u. deb. c. succedirt, alle Rechte u. Pflichten des Cedenten überkommt, vgl. ObTr. 12 S. 10, Erk. b. Nr. 211a., die Forderung wie der Käufer der körperl. Sache mit allen Nebenrechten (Pertinenzien, Zubehör), so wie sie beim Cedenten war, überkommt. Der Cedent hört mit der Cession auf, Gläubiger (aber nicht Schuldner) zu sein, der Cessionar wird es in vollem Umfange, OHG. 2 S. 308, 376; RG. 7 S. 217, 220; ObTr. 15 S. 155. Die Beschränkung, welche das R. R. durch die lex Anast. für den Fall des Forderungskaufs

tokolle, in welchem von dem Konkursverwalter die Auflassung erklärt war, der Kaufgelderrest aus dem Kaufvertrage bezeichnet. Durch den Vergleich sind weder ausdrücklich, noch stillschweigend neue Rechte und Verbindlichkeiten an Stelle der Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch den Kaufvertrag geschaffen waren, gesetzt (ALR. I 16 §§ 454, 455), und beschränkt sich der Vergleich, unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung des Kaufvertrages, darauf, die Ausführung des Kaufvertrages durch Beseitigung der Zweifel und Streitigkeiten, welche durch die veränderte Sachlage entstanden waren, zu ermöglichen. Ueber das Vermögen der Verkäuferin war der Konkurs eröffnet, das verkaufte Grundstück in Administration genommen und der Ausbau des Hauses nicht vollendet. Inwieweit diese Umstände den Rechtsbestand des Kaufgeschäftes der Gläubigerschaft gegenüber, hätten beeinflussen können, ist nicht zu prüfen. Es genügt die feststehende Thatsache, daß das Kaufgeschäft von beiden Seiten anerkannt und erfüllt ist. An dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen ist für die dem Kläger abgetretene Kaufgelderforderung nach der Konkurseröffnung ein Hypothekenrecht nicht erlangt und liegt der im § 10 KO. ins Auge gefaßte Thatbestand nicht vor. Auf einem Grundstücke, welches durch Auflassung in fremdes Eigenthum übergegangen ist, haftet die Hypothek. Der Konkurs erstreckt sich auf das gesammte, der Exekution unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger (KO. §§ 1, 2). Die Ausscheidung alles Fremden gehört zur Konstituirung der Aktivmasse und an Sachen, welche sich in der Konkursmasse befinden und dem Gemeinschuldner eigenthümlich nicht gehören, findet die Rückforderung nach den allg. gesetzl. Vorschriften statt (§ 22 a. a. O.). Es ist streitig geworden, ob zu den der Rückforderung unterliegenden Sachen nur

---

dahin statuirt, daß der Cessionar nicht mehr fordern konnte, als er für den Erwerb gegeben, ist durch § 391 h. t. (Art. 299 HGB.; Ges. v. 1. Febr. 1864) beseitigt. Vgl. Nr. 19, Bd. 1 S. 74 über Kollision der Gesetze bei lex Anast. StrA. 55 S. 102 für gem. R.

Durch die Cession allein wird der Cessionar Gläubiger. Die in den §§ 4, 13 ff. h. t. vorgesehene Denunciation an den deb. c. hat, wie jetzt auch für das gem. R. (in ObTr. 67 S. 284 u. RG. 11 S. 339 auch für das französ. R. Art. 1690, 1691 code civ.) angenommen wird, OHG. 23 S. 314; RG. 4 S. 111, lediglich die Bedeutung, daß der deb. c. vor der Bekanntmachung den Cedenten als seinen Gläubiger anzusehn und mit demselben auch im Prozeß, StrA. 83 S. 281, unt. Nr. 213, zu verhandeln befugt ist, da er faktisch außer Stande, dem ihm unbekannten neuen Gläubiger zu zahlen. Daraus folgt, daß der klagende Cessionar den Einwand der Zahlung an den Cedenten nicht durch den einfachen Nachweis der früheren Cession beseitigen kann, sondern die Bekanntmachung oder den Fall des § 417 erweisen muß, OHG. 24 S. 104. Dabei setzt das ALR. gehörige Bekanntmachung im Sinne der §§ 413 ff., d. h. durch den Cedenten oder gerichtlich oder durch den legitimirten Cessionar, § 415 h. t., voraus, oder doloses Verhalten des deb. c. im Sinne § 417 h. t. Letzteres liegt z. B. nicht blos darin vor, daß der deb. c. nach Kenntniß von der Cession durch Dritte, eine Forderung gegen den Cedenten durch Cession zum Zweck der comp. erwirbt, StrA. 52 S. 70. Darin allein würde kein Verhandeln mit dem Cedenten liegen, ebensowenig aber auch nach StrA. 87 S. 40 darin, daß der deb. c. die dem Cedenten nicht mehr gehörige Forderung wegen einer illiquiden Gegenforderung arrestirt (pfändet). Solchen Arrest braucht sich der Cessionar nicht gefallen zu lassen. Vgl. StrA. 69 S. 150 u. RG. 6 S. 278 unt. Nr. 213. Bei Bekanntmachung durch den nicht legitimirten Cessionar muß aber, wie § 416 ergiebt, Leugnen der Cession durch den Cedenten hinzukommen, um den deb. c. zu weiteren Verhandl. zu berechtigen, ObTr. 36 S. 83 (StrA. 22 S. 303). Leugnet der Cedent, so darf der deb. c. ihn als seinen Gläubiger ansehn, wenn nicht trotzdem, § 417, dolus zu erweisen. Verhandlung mit dem Cedenten im Sinne § 416 ist auch das Eingehn eines Rechtsverhältnisses, aus welchen dem deb. c. eine kompensable Gegenforderung gegen den Cedenten erwächst, ObTr. 36 S. 83 (StrA. 22 S. 303), ebenso auch Verhandeln über Erlaß, Schenkung. (So für französ. R. ObTr. 67 S. 284 mit Bezug auf l. 17 D. 2, 15; l. 27, 55 D. 3, 3; l. 3 C. 3, 43. Vgl. aber l. 4 §§ 29, 31; D. 44, 4; l. 6 § 11 D. 42, 8.) Selbstverständlich ist nach dieser Bedeutung der Bekanntmachung, daß Zahlung an einen mit gefälschter Cession unter Vorlegung des Dokuments auftretenden Cessionar, der die Forderung nicht erworben, den deb. c. nicht befreit, OHG. 2 S. 306. Aus § 417 ergiebt sich aber zugleich, daß wenn auch der deb. c. befugt, den Cedenten bis zur ordnungs-

körperliche Sachen oder auch Forderungen gehören, und hat der vierte Senat des ObTr. in dem Erk. StrA. 74 S. 158 anscheinend die zweite Alternative verneint. In dem damaligen Falle hatte der Konkursverwalter eine Forderung auf Legegelder, welche der Gemeinschuldner bereits cedirt hatte, ohne Kenntniß von der Cession gegen Empfang des Nominalbetrages anderweit cedirt und wurde der Erlös von dem ersten Cessionar aus der Masse vindizirt. Der Thatbestand des gegenwärtigen Falles ist darin abweichend, daß die von der Gemeinschuldnerin cedirte Forderung mit einer Hypothek ausgestattet ist. Die Berufung auf jenes Präj. ist deshalb unzutreffend. Hypothekenforderungen unterliegen nach allg. Vorschriften der Rückforderungsklage (ObTr. 42 S. 94; 56 S. 126). Um ein bloßes, der Selbstständigkeit entbehrendes Hypothekenrecht, dessen Rückforderung Koch, Forderungs-Recht 1 S. 488 und Förster Theorie ꝛc. § 114 für unzuläßig erachten, handelt es sich nicht. Für die Zuläßigkeit der Rückforderung von Hypothekenforderungen, welche in dem Dokumente einen Träger haben, sprechen auch die in dem § 24 KO. vorgeführten Beispiele von Wechseln, Handelspapieren und Urkunden über andere Forderungen und die landrechtlichen Begriffsbestimmungen von Sachen und vom Eigenthume I 2 §§ 1—3, 7; 8 § 1; 15 §§ 1—3). Hierzu kommt, daß die Intervention wegen Forderungen ausdrücklich gestattet ist (AGO. I 18 §§ 1, 2) und daß Gegenstand des im § 44 KO. gedachten Verkaufes sowohl körperliche Sachen, wie Forderungen sein können (§§ 273—275). Unstreitig besitzt der Konkursverwalter das Dokument über die dem Kläger rechtsgiltig abgetretene Forderung und war hiernach das App.-Urtel zu bestätigen.

---

mäßigen Bekanntmachung als seinen Gläubiger anzusehn, er dazu doch nicht unter allen Umständen verpflichtet, daher nicht absolut exc. d. j. t. vorliegt, wenn er dem klagenden Cedenten die erfolgte Cession, von der er erfahren, entgegensetzt, Windscheid 2 § 334_4; StrA. 25 S. 28 zu I 21 §§ 358 ff.

Nach gehöriger Denunciation darf der deb. c. dagegen nur noch den Cessionar als Gläubiger ansehn, bei Beschlagnahme oder weiterer Cession deshalb nicht an Andere, auch nicht an den arrestirenden Gläubiger des Cedenten zahlen, auch nicht für einen Anderen deponiren. Dagegen wird er für den Cessionar zu seiner Sicherheit am Zahlungsort gemäß §§ 222 ff., 214 I 16 deponiren dürfen, wenn Arrestschlag (Pfändung) erfolgt, ObTr. 63 S. 99 (StrA. 77 S. 287); StrA. 76 S. 214; 63 S. 335; 80 S. 120. Vgl. OHG. 24 S. 323 unt. Nr. 213, ebenso wie der Cessionar auch nach Arrest Zahlung ad dep. fordern kann, StrA. 630, 335. Vgl. CPO. § 72.

Für das Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar folgt daraus, daß der Cessionar durch die Cession Eigenthümer der Forderung, Gläubiger wird, daß er das Eigenth. der Forderung zunächst gegen den Cedenten geltend machen kann, der ihm, wie der Verkäufer aus dem Kaufvertrage, auch aus dem p. d. c. verpflichtet ist, das Gläubigerrecht so zu gewähren, wie er es hatte und cedirt hat, und Alles zu thun, was zur Ausübung des Gläubigerrechts nöthig und für ihn möglich ist. Vgl. Nr. 196, Bd. 2 S. 72. Ein prägnantes Beispiel giebt das Erk. a. Vgl. auch OHG. 9 S. 166, unt. Nr. 211a. In dem im Erk. a. angezogenen Falle StrA. 74 S. 158 lag die Sache wesentlich anders, so, daß A. an B., nach der Konkurseröffnung über A. der Verwalter unwissend die Forderung an C. cedirt, C. die Forderung vom deb. c. erhoben hatte und B. nun die von C. gezahlte Cessionsvaluta auf Grund der §§ 22, 44 der Preuß. KonkO. aus der Masse forderte. Ob nicht jetzt nach § 38 RKonkO. die Cessionsvaluta als Gegenleistung aus der Masse zu fordern, kann dabei wohl gefragt werden. In ObTr. 22 S. 133; StrA. 6 S. 1, wo A. an B., B. an C. u. nach dem Konkurse über A. der Verwalter, der die Cession anfocht, die Forderung vom deb. c. gezahlt erhalten hatte, ist die Masse auf Klage des C. nach rechtskräftiger Abweisung der Klage des Verwalters auf Ungültigkeitserklärung der Cession des A. an B., zur Herauszahlung verurtheilt Auch in ObTr. 42 S. 94 hat das ObTr. die Grundsätze von der Verfolgung des Eigenth. auch auf Forderungen für anwendbar erklärt. Vgl. zu § 1 I 15.

Aus dem pact. d. c. und dem Eigenth. des Cessionars an der Forderung folgt die Verpflichtung des Cedenten, einmal, wenn es erforderlich, schriftliche und beglaubigte Cession zu beschaffen, StrA. 47 S. 149, unt. Nr. 42, Bd. 1 S. 153, sowie dem Cessionar durch Herausgabe des Dokuments wirksames Eigenth. zu verschaffen. Bei cedirten Hyp. ist dies schon umdeswillen erforderlich, weil der Cessionar mindestens im Laufe des Prozesses gegen den Hypo-

Gründe: b. Die Annahme des App.-Richters, daß der Klägerin ein Anspruch aus dem Chr. M.'schen Gewährleistungs-Versprechen, welches dem M. gegeben worden, gegen Chr. M. nicht zustehe, mithin die Forderung, wegen deren der von der Verklagten mit Chr. M. errichtete Kaufvertrag angefochten wird, für die Klägerin nicht existire, bekämpft die letztere namentlich vom Standpunkte des preuß. R. aus, und behauptet, daß der App.-Richter die §§ 402—404 I 11 ALR. und die l. 59 D., sowie die von ihr dahin formulirten Rechtsgrundsätze des preuß. und des gem. R. verletzt habe: 1. In der Weitercession einer Forderung, für deren Sicherheit der erste Cedent Gewähr zu leisten hat, ist implicite auch die Cession des Gewährleistungs-Anspruches enthalten; 2. Hat der erste Cessionar die von dem Gläubiger ihm abgetretene Forderung mit allen Rechten und Vorzügen weiter cedirt, so ist hiermit die Abtretung des Gewährsanspruches geschehen.

Auch zugegeben, daß hier das preuß. R. Anwendung findet, so ist dennoch die Beschwerde nicht begründet. Dieses Recht stimmt hier mit dem gem. Rechte überein, und daß nach dem letzteren die Entscheidung des App.-Richters begründet erscheint, ergiebt sich aus dem Erk. ObTr. 65 S. 52, welchem ein ganz gleicher Fall vorlag und auf dessen Gründe hinzuweisen genügt, zumal Klägerin hauptsächlich von dem Standpunkte des preuß. R. aus ihren Angriff gegen das zweite Erkenntniß richtet. Allein nach dem ALR. tritt der vom App.-Richter ausgesprochene Grundsatz noch mehr zu Tage, als nach dem gem. R.

Nach dem ALR., sowie nach dem gem. R., wie solches in Abweichung von dem strengen röm. R. sich gestaltet hat, haben Forderungen eine gleiche Objektivität, wie körperliche Sachen, und werden daher beide als Objekte des Vermögens nach dem

---

thekenschuldner das Dokument vorlegen muß, ObTr. 81 S. 25 StrA. 98 S. 178), wenn es sich nicht blos um Zinsen handelt, ObTr. 73 S. 233, und das Dokument überhaupt existirt und nicht durch den Richter kassirt ist, StrA. 97 S. 120, wo es aus Versehn durch den Subhastationsrichter bei der Kaufgelderbelegung kassirt war, wofür der Cedent nicht haften konnte. §§ 395, 396, 399, 415 h. t. Ueberdies erscheint das Dokument, wie bereits unt. Nr. 42, Bd. 1 S. 152, 153 erwähnt, als Pertinenz der Forderung, §§ 42, 46, 107 I 2, § 125 I 16; StrA. 99 S. 90. In StrA. 70 S. 312 hatte die verehel. A. mit Konsens des Ehemanns eine Hyp. an B. notariell cedirt, die Valuta theils baar, theils in Accepten ihres Ehemanns erhalten, das Dokument hinter sich behalten. Als B. gegen sie auf Herausgabe klagte, wiesen beide Instanzen u. A. aus dem Grunde ab, weil das p. d. c. nur mündlich geschlossen, was nach dem unter Nr. 211 Gesagten falsch war, weil § 146 I 5 anzuwenden, und weil, wie namentlich das ObTr. geltend machte, indem es verurtheilte, B. mit dem Eigenth. an der Hypothek auch das an dem Dokumente nach §§ 42, 107 I 2 erworben hatte. Von diesem Gesichtspunkte aus ist StrA. 83 S. 159 falsch, wo A. an B., B. an C. cedirt hatte und C. gegen A. auf Herausgabe der Schuldurkunde klagte, aber abgewiesen wurde, weil A. nur gegen B. verpflichtet, nicht gegen C. Das wäre richtig, wenn die Verpflichtung nur auf dem p. d. c. beruhte, Erk. b., ist aber unrichtig, wenn C. als Eigenthümer der Forderung die Urkunde als sein Eigenth. zu fordern hat.

Das Eigenth. des Cessionars wirkt nach allgem. Rechtsgrundsätzen auch gegen die Universal- und Singularsuccession des Cedenten, vorausgesetzt, daß der Cedent sein Eigenth. übertragen hat. Bei Kollision mit dem späteren Cessionar bei mehrfacher Cession muß der erste Cessionar durchdringen, I 10 §§ 21 ff. Ueber die abweichende Auffassung des ObTr. bei Cession von Hypotheken vgl. Nr. 191, Bd. 2 S. 1: ObTr. 4 S. 70 u. ObTr. 63 S. 79 (StrA. 77 S. 242), das. S. 3. Auf derselben Auffassung beruht StrA. 88 S. 222, 226, 227, wo es sich ebenfalls um eine Hyp. handelte, übrigens gegen den zweiten Cessionar, der das Dokument erhalten, § 25 I 10 zur Anwendung gebracht ist. Auch in RG. 10 S. 197 ist nebenbei ausgeführt, daß der jüngere Cessionar, dem das Dokument übergeben, dem älteren vorgehe. Ueber die Bedenken dagegen, die auch von Dernburg u. Förster getheilt werden, vgl. unt. Nr. 191, Bd. 2 S. 3. Eine andere Frage ist, ob der Vorzug des jüngeren aus § 38 des EigenthGes. zu begründen ist. Vgl. darüber bei I 20.

Die Cession überträgt dem Cessionar nach § 402 h. t. die Forderung mit allen Vorzügen und Mängeln, so wie sie beim Cedenten war, und, wie bereits hervorgehoben, mit allem Zubehör und allen Accessorien. Wie bei dem Eigenth. an körperl. Sachen (unt. Nr. 196, Bd. 2 S. 73, 74) aber die persönlichen, obligator. Ansprüche des Verkäufers aus dem Kaufvertrage

§ 1 I 2 ALR. begrifflich im weiteren Sinne einander gleichgestellt. Sie sind im Verkehre von dem ursprünglichen Gläubiger im Allgem. ebenso trennbar, wie körperliche Sachen von ihrem Eigenthümer. Folgerecht sagt der § 381 I 11: Bei einer eigentlichen Cession finden, je nachdem dafür baares Geld oder eine andere Sache oder Recht gegeben worden, die Rechte des Kaufes oder Tausches Anwendung.

Demgemäß greifen auch bei einer Cession in Fällen, für die, wie hier, keine besonderen Bestimmungen gegeben sind (§§ 420 — 441, 444 a. a. O.), die in der Lehre vom Kaufe über Gewährleistung enthaltenen allg. Vorschriften Platz, welche für den Tausch dieselben sind (§ 364 a. a. O.). Diese, und zwar die §§ 149, 150 a. a. O. schreiben vor, daß außer dem Falle des Konkurses oder der Unerreichbarkeit des Verkäufers der Käufer sich der Vertretung (Gewährleistung) halber nur an seinen unmittelbaren Verkäufer halten kann und es diesem überlassen bleiben muß, auf seinen Vormann zurückzugehen. Dies hat seinen Grund darin, daß so, wie bei dem Kaufe, auch bei der Cession ein obligatorisches Verhältniß nur zwischen dem Erwerber und dessen unmittelbarem Vormanne entsteht. Was letzterer mit seinem Vormanne bezüglich der Gewährleistung abmacht, betrifft nur das Rechtsverhältniß dieses zu ihm. Es wirkt nur verpflichtend zwischen ihnen beiden und haftet der cedirten Forderung selbst nicht an. Die entgegengesetzte Ansicht beruht auf einer Verwechslung oder Identifizirung der rechtlichen Folgen des Cessions-Aktes, durch welchen das Eigenthum der Forderung übertragen wird, mit den des demselben zu Grunde liegenden Vertrages, des

---

mit seinem Verkäufer auf den Käufer nicht übergehen, weil sie mit dem übertragenen Eigenth. an der Sache nichts zu thun haben, so gehn die obligator. Ansprüche des Cedenten aus dem p. d. c. mit seinem Cedenten auf den Cessionar nicht über, weil sie nicht zu dem Gläubigerrecht gegen den deb. c. gehören. Ein Beispiel giebt Erk. b. bezüglich des Anspr. auf Gewährleistung, der nicht aus dem Eigenth., sondern aus dem Uebertragungsvertrage folgt. Ebenso StrA. 31 S. 177. Wie beim Kauf gehn rückständige Zinsen, als abgesonderte, selbstständiger Vermögensanspruch gewordene Früchte, nicht auf den Cessionar über, wohl aber der Anspruch auf Zögerungszinsen, welcher ein Annex der Forderung, eine Erweiterung derselben, §§ 64, 65 I 16; StrA. 94 S. 357, wie der Anspruch aus dem obligationswidrigen Handeln des deb. überhaupt.

Die cedirte Forderung (vgl. OHG. 9 S. 64: bei Cession des Regreßanspruchs des Wechselinhabers nach Verfall und Protest gegen den Aussteller nicht auch der Wechselanspr. gegen den Acceptanten) geht auf den Cessionar über mit ihren Vorzügen, d. h. mit der Qualifikation, die sie beim Cedenten hatte, sobald diese Qualifikation eine Qualifikation der Forderung. Bei Theilcession folgt deshalb aus der Cession allein nicht das Vorzugsrecht des cedirten vor dem beim Cedenten verbliebenen Theil, da solch Vorzugsrecht nicht vorhanden war, Qualifikation des Rechts ist Pfandr., Bürgsch. (Erk. b.), Vgl. I 16 §§ 47, 48; 14 § 338, eine für die Forderung eingetragene Arrestprotestation (Vormerkung), ObTr. 65 S. 282, 285, 286, bei Handelskäufen das Recht des Selbsthülfeverkaufs, OHG. 12 S. 73, 77 (A. hat an B. auf Ziel verkauft, A. an C. cedirt, B. nimmt nicht ab, C. verkauft), das dem Cedenten zustehende Anfechtungsrecht, actio Paul., OHG. 5 S. 44 (für gem. R.), nicht aber das kaufm. Retentionsrecht aus Art. 313 HGB., welches voraussetzt, daß die Forderung, wegen deren es geltend gemacht, aus Handelsgeschäften entstanden, welche zwischen „ihnen", d. h. dem Schuldner und dem Retinirenden, geschlossen, auf cedirte Forderungen deshalb nur anwendbar, wenn die Cession auf einem zwischen dem Cessionar und deb. c. abgeschlossenen Handelsgeschäft beruht, was denkbar. So ObTr. 62 S. 198, wo A. dem B. wegen Wechselforderungen Faustpfand gegeben, B. wegen dieser Forderungen befriedigt war, nach Eröffnung des Konk. über A. Forderungen anderer Gläubiger durch Cession erworben hatte und wegen dieser cedirten Forderungen das Pfand retiniren wollte. Vgl. Nürnberger Protokolle S. 1422. Ebenso OHG. 5 S. 304. Hier hatte A. Forderung aus Handelsgesch. gegen B., die er an C. cedirt. Im Konkurse des B. meldete C. die Forderung an mit Absonderungsrecht an Garnen, welche ihm A. zur Verfügung des B. übergeben, und an denen dem A. ein Retentionsrecht zugestanden haben würde. Das Absonderungsrecht ist abgelehnt, aus dem Grund, weil das Retentionsr. des Art. 313 HGB. keine accessor. Qualität der cedirten Forderung,

pactum de cedendo. Anders liegt die Sache, wenn Jemand die ihm gegen seinen Auktor zustehenden gesetzlichen oder kontraktlichen Ansprüche auf Gewährleistung bei der Weitercession der Forderung mitcedirt. In einem solchen Falle wird das Regreßrecht des ferneren Cessionars an den Vormann seines Cedenten durch diese besondere Cession des Gewährsanspruches begründet, indem dadurch der weitere Cessionar persönlicher Gläubiger des Vormannes seines Cedenten auch rücksichtlich dieses Gewährsanspruches wird. Eine solche Cession fehlt hier. M. hat seine Rechte aus der ihm kontraktlich von Chr. M. auch für die Sicherheit (Bonität) der fraglichen Hypothekenforderung versprochenen Gewährleistung dem B. nicht mitcedirt; dieser hat also durch die M.'sche Cession neben der abgetretenen Forderung nicht auch die Rechte des M. auf Gewährleistung gegen Chr. M. erworben und war danach außer Stande, derartige Rechte auf die Klägerin zu übertragen. Hiernach findet die Ansicht der Klägerin, daß die Cession des M. an B. selbstverständlich die Gewährsansprüche des M. an Chr. M. in sich schließe, in den Gesetzen keinen Halt.

Das Gesetz nimmt eben, mit Rücksicht auf die Natur rein persönlicher Rechtsverhältnisse, eine solche selbstverständliche Cession nicht an; denn sonst hätte es nicht den Grundsatz aufstellen können, daß die Ueberspringung des Auktors und ein Zurückgehen auf dessen Vormann wegen Gewährleistung nicht ohne Weiteres gestattet ist; ein Grundsatz, den die gemeinrechtlichen Juristen aus der l. 59 D. 21, 2 (Thibaut Pandektenrecht § 185) schöpfen, und das preuß. R. geradezu und deutlich in den §§ 149, 150 I 11 ALR. ausspricht. Es geht daraus hervor, daß die Regreßrechte des weiter cedirenden Cessionars an seinen Auktor wegen Gewähr-

---

kein Vorrecht, Goldschmidt 1 S. 988, 1053, 1054, 984, 1032_{14}. Qualität der Forderung sind dagegen die Vorzugsrechte im Konkurse, soweit das Vorzugsr. selbst auf der Qualität der Forderung beruht. Vgl. RG. 3 S. 34, 43, wo es sich um das Vorrecht des Fiskus im Konkurse, II 14 § 74, § 54 Nr. 2 RKonkO., u. RG. 4 S. 337, wo es sich um das Privilegium der Westpr. Landschaft handelte, in der Subh. des für Pfandbriefe verpfändeten Grundstücks alle Zinsrückstände (auch über 2 Jahr hinaus) zu liquidiren. In beiden Fällen ist angenommen, daß mit der Cession der Forderung das Vorzugsrecht an das R. aus dem Privilegium auf den Cessionar übergeht. Verschieden von dieser Qualifikation der Forderung selbst sind die auf der Person des Cedenten beruhenden und deshalb an seine Person gebundenen Vorrechte, §§ 403, 404 h. t.; Förster (Eccius) 1 § $99_{113-116}$; Dernburg 1 § 320_8. (Pfandrechtstitel des Fiscus wegen aller Forderungen.) In § 972 h. t. ist der Uebergang des Pfandrechtstitels auf den Cessionar der Forderung ohne Bedenken anzunehmen. Ein nicht mehr praktisches Beispiel für den Unterschied giebt ObTr. 51 S. 412, wo angenommen, daß der Inländer, dem ein Ausländer eine Forderung gegen einen Ausländer cedirt hat, im Inlande nicht gemäß AGO. I 29 §§ 88, 89 auf die bloße Anzeige der Forderung einen schleunigen Arrest gegen den deb. c. als Ausländer ausbringen darf, weil das R. ein persönliches Vorrecht des Inländers, deshalb gemäß §§ 405, 408 h. t. nicht geltend gemacht werden dürfe. Vgl. übrigens §§ 636—638 I 9, Erk. b. Nr. 186, Bd. 1 S. 1074.

Das Gläubigerrecht geht auf den Cessionar so über, wie es der Cedent hatte, es wird nicht besser und nicht schlechter durch die Cession. Folge ist z. B., daß der Cessionar von Zinsen und Gewinnantheil des socius die Zahlung nur fordern kann, wenn sie dem Gesellschaftsvertrage entsprechend festgestellt ist, StrA. 23 S. 165 u. § 218 I 17, und daß der Cessionar des Miterben, der ihm seine Forderung an den Nachlaß cedirt, vor der Nachlaßtheilung gegen die übrigen Benefizialerben nicht auf Zahlung klagen kann, sondern die Nachlaßtheilung abwarten muß, § 127 I 17; StrA. 81 S. 60. (Vgl. ObTr. 35 S. 409 bei I 17.) Andererseits hat der Cessionar die Rechte aus dem vom Cedenten erstrittenen Judikat. Vgl. §§ 665—667 CPO. Ueber die Modifikation, die dabei dann eintritt, wenn der verurtheilte correus den Judikatgläubiger befriedigt, die Judikatobligation dadurch tilgt, gleichwohl aber jura cessa erhält, vgl. das Erk. Nr. 124, Bd. 1 S. 563, §§ 443—445 I 5, §§ 493, 494 I 16; Dernburg 1 § 139_{10}.

Wie die Natur des cedirten Gläubigerrechts zugleich auf das Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar einwirkt, darüber vgl. das auf Anweisungen sich beziehende Erk. c. Daß Anweisungen zur Einziehung in der Zwangsvollstreckung (V. v. 4. März 1834 § 15;

leistung, seien es gesetzliche oder kontraktliche, nicht zu den Eigenschaften, Vorzügen oder Neben- resp. Vorrechten gezählt werden, die als annexa der Forderung durch den Cessions-Akt nach den §§ 402—404 I 11 ALR. auch ohne ausdrückliche Abtretung auf jeden Erwerber übergehen.

Zu den Nebenrechten, welche gesetzlich schon durch den bloßen Cessions-Akt, als der Forderung selbst anhaftend, auf den Cessionar übertragen werden, gehört allerdings auch eine für die cedirte Forderung geleistete Bürgschaft, und daraus ist von den wenigen Gegnern der hier vertretenen Ansicht gefolgert worden, daß die kontraktliche Gewährleistungspflicht des Vormannes des Cedenten gegen diesen ohne besondere Cession schon durch den weiteren Cessions-Akt der Forderung auf den nachfolgenden Erwerber übergeht. Daß aber die kontraktliche Eingehung einer Gewährleistungspflicht nicht einer Bürgschaft gleichsteht, liegt auf der Hand. Wer die Gewährleistung verspricht, übernimmt damit nicht, wie der Bürge, eventuell die fremde Schuld, oder macht sich nicht zum eventuellen Schuldner der Forderung selbst, sondern verpflichtet sich für eine eigene, davon ganz verschiedene Verbindlichkeit. Es ist dies bereits in dem Erk. ObTr. 17 S. 173 ausgeführt.

Gründe: c. Der App.-Richter spricht aus, daß Verklagter durch die akzeptirten Anweisungen ein Forderungsrecht gegen die Akzeptanten erworben, und dieses auf dem Wege der Cession an den Kläger übertragen habe. Diese Annahme erscheint an sich nicht unrichtig; indem der Richter aber daraus die Anwendbarkeit der Grundsätze von Gewährleistung bei Cessionen herleitet, und vom Kläger, ehe er sich an den Verklagten halten könne, den Nachweis der Unrichtigkeit oder Unsicherheit des cedirten Rechts verlangt, verkennt er die Natur dieses Rechts, wie sich solche aus den Grundsätzen von Anweisungen ergiebt, verstößt namentlich gegen die §§ 251, 283 I 16 ALR.

Denn eine Anweisung ist an und für sich nur ein Auftrag des Anweisenden an den Assignatar, etwas für ihn bei dem Assignaten zu erheben, § 251 a. a. O. Die Annahme des Assignaten giebt dem Assignatar ein selbstständiges Klagerecht gegen diesen, § 259; dieses Recht ist aber in seiner Ausübung, soviel das Verhältniß zwischen Assignanten und Assignatar betrifft, rein fakultativ. Der Assignatar ist nicht verpflichtet, die Forderung gegen den Assignaten, wenn dieser der Akzeptation ungeachtet nicht zahlt, durch Klage zu verfolgen; er kann, wenn, was die gewöhnliche Voraussetzung ist, ein Schuldverhältniß zwischen ihm und dem Assignanten existirt, nach seiner Wahl entweder gegen den Assignaten verfahren, oder auf den Assignanten zurückgehen, § 283. Es steht ihm sogar frei, eine angestellte Klage gegen den Assignaten wieder beruhen zu lassen und deren Fortführung dem Assignanten zu überlassen, § 287. Wird nun das Recht des Assignatars von diesem einem Dritten übertragen, so liegt es in dem Begriffe der Ueber-

---

Ges. v. 4. Juli 1822 §§ 1 ff.; CPO. §§ 736 ff.) cessibel sind, ist schon oben hervorgehoben und unbedenklich, ObTr. 4 S. 224; 34 S. 450. In ObTr. 4 S. 224, wo die Hauptforderung selbst mitabgetreten war, nimmt das ObTr. an, daß dies R. aus der assign. als Annex der Hauptforderung auf den Cessionar von selbst übergehe. Jedenfalls kann der Gläubiger sein Gläubigerrecht nicht getrennt von dem R. aus der assign., welches ihm zwar als selbstständiges R., aber nur als Gläubiger der Hauptforderung und zu deren Befriedigung zusteht, cediren. In ObTr. 34 S. 450 ist dagegen ausgeführt, daß das Recht aus der assign. auch ohne spezielle Cession der Hauptforderung abgetreten werden kann, weil es ein selbstständiges R., die assignirte Forderung für sich aus eignem R. einzuziehen, gebe, die Hauptforderung nur die Veranlassung der assign. sei, die assignirte Forderung des deb. an den Dritten an die Stelle der Hauptforderung trete und dieselbe absorbire, die assignirte Forderung kein Annex der Hauptforderung sei, sondern ihr substituirt werde und in dieselbe aufgehe. (?) In diesem Falle hatte A. wegen einer Judikatforderang gegen B. dessen Rentenforderung an C. in vim assign. überwiesen erhalten, vorher aber dieselbe Rente auch D., der sie an C. selbst cedirt hatte. Letzteres hielt der 2. Richter für unzuläßig, weil nicht die Forderung des D. an B. selbst mitcedirt. Das ObTr. vernichtete mit der obigen wenig klaren Deduktion, die nur das Richtige enthält, daß die Tilgung der assignirten For-

tragung, daß dieses Recht in derselben Beschaffenheit, in demselben Umfange auf den Dritten übergehen muß, als solches dem Uebertragenden zustand. So wenig dieser Letztere gezwungen war, sich in einen Prozeß mit dem Assignaten einzulassen, ebensowenig ist der Cessionar desselben hierzu verpflichtet. In Ansehung der gegen den Assignaten anzustellenden Klage sind also die allgemeinen Grundsätze von Cessionen durch die Natur des übertragenen Rechtsverhältnisses selbst insofern ausgeschlossen, daß dem Cessionar hier vor der Regreßnahme an seinen Autor nicht die Anstellung einer Klage aufgedrungen werden kann, zu welcher ihm überhaupt eine Verpflichtung nicht obliegt. Das App.-Urtel, welches aus diesem Grunde lediglich die Abweisung zur Zeit ausgesprochen hat, unterliegt daher der Vernichtung.

In der Hauptsache erscheint auch die Klage völlig begründet. Es kann dem Kläger, der nicht erst gegen den Akzeptanten zu verfahren braucht, auch nicht etwa obliegen, vorab diejenige Klage anzustellen, welche dem ursprünglichen Assignatar gegen seinen Auktor freigestanden haben würde. Die Klage steht mit der Anweisung in keinem nothwendigen Zusammenhange; sie ist keine Folge der Ausstellung dieser Anweisung, sondern eine Folge desjenigen Schuldverhältnisses, welches außerhalb derselben existirte, zu dessen Tilgung die Anweisung bestimmt war, und, welches, eben weil letztere nicht realisirt worden, nun bestehen bleibt. Daß ein solches Schuldverhältniß existirt, ist an sich nichts Nothwendiges, die Anweisung ergiebt das Dasein, und den Inhalt eines solchen Verhältnisses im vorliegenden Falle gar nicht, setzt also den Kläger nicht in den Stand, diesfällige Rechte gegen den Assignanten geltend zu machen. Wollte der Verklagte dies von ihm vorab verlangen, so hätte er angeben müssen, daß und worin das Verhältniß zwischen ihm und dem Assignanten bestehe; er hat aber nicht einmal eine solche Einrede gemacht. Ueberhaupt bringt es die Natur der Assignation mit sich, daß jede weitere Begebung wieder eine Anweisung ist, daß der neue Erwerber zu seinem Autor in dasselbe Verhältniß tritt, wie der erste Assignatar zum Assignanten. Dies spricht der § 1301 II 8 ALR. von kaufmännischen Assignationen ausdrücklich aus, und der § 1303 daselbst giebt dem Inhaber einer solchen Assignation das Recht, sich an seinen unmittelbaren Vormann zu halten. Hierin liegt ein Prinzip nicht blos für kaufmännische, sondern für jede andere Art Assignationen deshalb, weil sie rücksichtlich des Regresses den gewöhnlichen Assignationen ganz gleich stehen, mithin nicht, wie bei Wechseln und Indossamenten, ohne weiteres der Vormann beansprucht werden kann, sondern auf das ursprüngliche Verhältniß zurückgegangen werden muß. In dieser Beziehung waltet kein Unterschied ob zwischen der kaufmännischen und gewöhnlichen Assignation. Wird nun auf das ursprüngliche Verhältniß zurückgegangen, so ergiebt sich von selbst, daß die Schuld, welche durch die Anweisung getilgt werden sollte, nun wieder eingefordert werden kann, eben weil sie nicht getilgt ist, und daß, wenn die Anweisung gekauft ist, die Valuta, der Kaufpreis, zurückerstattet werden muß, weil der Empfänger sie sonst sine causa behalten würde.

---

derung an den Cessionar zugleich die Tilgung der Hauptforderung zur Folge hat. Diese Rechtsfolge kann durch die Cession nicht gehindert werden, und deshalb bedarf es der besonderen Cession der Hauptforderung nicht. Die Folgen der Cession der assign. zwischen Cedenten und Cessionar sind aus dem Rechtsverhältniß zwischen beiden, dem p. d. c. zu bestimmen.

Die cedirte Forderung geht mit ihren Mängeln über. Dies wirkt namentlich für das Verhältniß zwischen Cessionar und deb. c., darüber Nr. 213, aber auch insofern, als der Cessionar z. B. die auf der Forderung ruhenden gesetzlich begründeten Ansprüche dritter Pfandr. (Arrestschlag) anzuerkennen hat, StrA. 67 S. 331 (nicht mehr praktischer Fall). Aber auch nur solche auf der Forderung selbst ruhenden Ansprüche hat er anzuerkennen, nicht persönliche Anspr. Dritter gegen den Cedenten auf Abtretung, wenn nicht § 25 I 10 anzuwenden. Ein Beispiel giebt ObTr. 69 S. 226. Vgl. zu I 13 §§ 61, 62, 63, 154; 16 §§ 251, 252). Hat der Cedent die Forderung im eigenen Namen erworben, obwohl er in fremdem Namen zu handeln beauftragt war, so kann der Auftraggeber des Cedenten seinen persönlichen Anspruch auf Abtretung, den er gegen den Cedenten hat, — vgl. Nr. 140, Bd. 1 S. 672 und den PlBeschl. ObTr. 1 S. 19 zu I 13, — nur gegen den Cedenten, nicht gegen dessen Cessionar geltend machen.

Aus vorstehenden Grundsätzen erhellet, daß der erste Richter mit Unrecht dem Kläger die, drei Vierteljahre nach der Verfallzeit noch nicht geschehene Beitreibung der Forderung gegen den Akzeptanten zum Vorwurfe macht; und daß es gar nicht darauf ankommt, ob der Verklagte in eine solche Aussetzung oder Unterlassung der Klage gewilligt hat. Daß die Anzeige der nicht geschehenen Zahlung des Akzeptanten zeitig geschehen (§§ 283, 284, 280 I 16 ALR.), hat Verklagter nicht bestritten.

Nr. 212a. §§ 376 ff., 381; §§ 420—426, 427—441, 444; I 5 §§ 284, 285, 344, 345. (CPO. § 736 Abs. 2.) Cession. Wirkung zwischen Cedenten und Cessionar. Gewährleistung. Haftung für Bonität u. Verität. *)

a. Erk. v. 11. Febr. 1875; ObTr. 74 S. 240 (StrA. 93 S. 202).
b. Erk. v. 7. Febr. 1860; ObTr. 43 S. 116.
c. Präj. 2708 v. 16. Juli 1859; ObTr. 41 S. 103 (StrA. 34 S. 202).
d. Erk. v. 30. Mai 1872; StrA. 85 S. 181.
e. PlPräj. 106 v. 1. Dez. 1836; ObTr. 1 S. 315.
f. Erk. v. 23. Okt. 1862; ObTr. 50 S. 134.
g. Erk. v. 6. Dez. 1870; ObTr. 64 S. 10 (StrA. 80 S. 138).

Im Falle a. hatte A. an B. cedirt, der deb. c. C. auf die Klage des B. Tilgung durch compens. eingewendet, B. die Klage zurückgenommen und gegen A. auf Rückzahlung der Valuta und Erstattung der Prozesskosten geklagt, indem er unter Beweis stellte, dass dem C. gegen A. wirklich die Gegenforderung zugestanden. Die Klage ist zur Zeit abgewiesen. — Im Falle b. standen für A. auf dem Gute des B. 47000 Thlr. rückständige Kaufgelder eingetragen. Von denselben hatte B. 10000 bezahlt und so erworben. Von seinen beiden Erben cedirte C. die Hälfte mit 5000 an D. unter der Versicherung, dass die übrigen 37000 bezahlt und gelöscht seien. Bei der Subhastation fielen die 5000 aus, weil sich ergab, dass die 37000 weder bezahlt, noch gelöscht, sondern mit Vorrecht vor den 10000 noch hafteten. Als D. gegen den Erben C. auf Rückzahlung der Valuta klagte, wendete C. ein, dass er für die Sicherheit nach § 427 h. t. nicht verhaftet. In 2. u. 3. Instanz ist er verurtheilt, weil er grob fahrlässig gehandelt. — Im Falle c. hatte A. eine Forderung von 220 für 88 Valuta an B. cedirt und sich schriftlich verpflichtet, für die Richtigkeit und Sicherheit b i s z u m N e n n w e r t h zu haften. Als er, nachdem er mit der Klage gegen den deb. c. abgewiesen, weil die Forderung unrichtig, von A. die vollen 220 forderte, drang er nur mit dem Anspruch auf 88 nebst Zinsen und Kosten des Prozesses durch. — Im Falle d. war dem A. wegen einer Judikatforderung von 500 gegen B. im Wege der Exek. eine dem B. gegen C. zustehende Forderung in vim cess. überwiesen, A. aber im Prozess gegen C. abgewiesen, weil die Forderung bereits getilgt. A. klagte nun gegen B. auf Zahlung der Judikatsumme von 500 und Zinsen, sowie der Kosten des Prozesses gegen C. Beide Instanzen wiesen ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle e. handelte es sich um die Frage, ob die §§ 434, 435 h. t. auch dann anwendbar, wenn die Verpflichtung der Gewähr für Bonität durch Vertrag übernommen, ohne dass Umfang und Dauer derselben bestimmt. Das Plenum hat die Frage bejaht. — Im Falle f. excipirte der nach Ausfall der Hypothek

*) Vgl. Windscheid 2 § 336; Dernburg 2 § 84; Förster (Eccius) 1 § 99 unt. IVa.; § 106_{50}. — Nach den §§ 420 ff. haftet der Cedent, wie der Verkäufer beim

belangte Cedent, dass der klagende Cessionar nachlässig verfahren, weil er zwar die Klage rechtzeitig angestellt, nach erlangtem Judikat aber nur die ganz nutzlose Administration extrahirt, die Subhastation nicht beantragt, diese vielmehr erst sechs Monate später von einem Dritten beantragt, Cessionar sich in der Subhastation erst bei der Kaufgelderbelegung gemeldet. Die Replik des Cessionars, dass ein höherer Erlös auch bei früherer Subhastation nicht erzielt worden wäre, ist verworfen und der Regress abgewiesen. — Im Falle g. war der Cessionar einer Hypothekenforderung bei der Subhastation 1866 ausgefallen und klagte gegen den inzwischen in Konkurs verfallenen Cedenten erst 1869 auf Zahlung der Akkordrate der Regresssumme. Der 2. Richter wies die Klage auf den Einwand der Verjährung aus §§ 344, 345 I 5 ab. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Die Cession verwirklicht die Uebertragung eines Rechtes an einen Dritten, und der Cedent, als Auktor eines lästigen Geschäftes, muß Gewähr leisten, d. h. dafür einstehen, daß sich der Cessionar des ihm übertragenen Rechtes in dem beabsichtigten Umfange bedienen kann. Er muß daher zunächst vertreten, ut emtori rem habere liceat, d. h. er muß dafür haften, daß die Forderung richtig und klagbar, ein nomen verum ist (l. 1, 8 D. 21, 2; §§ 317 ff. I 5, §§ 135 ff. 420 ff. I 11 ALR.). In der Gewährleistungs-Obligation liegt somit auch die Pflicht des Cedenten, dafür zu haften und einzustehen, daß dem Cessionar, bei Geltendmachung der Forderung gegen den abgetretenen Schuldner, von dem letzteren nicht Einwendungen entgegengesetzt werden, durch welche das Recht vernichtet oder unwirksam gemacht wird. Durch die Thatsache der Eviktion, d. h. der Aufhebung oder der Verminderung des abgetretenen Rechtes aus Umständen, welche schon zur Zeit des Cessionsaktes obwalteten, tritt daher das Regreßrecht in Wirksamkeit.

Das Rechtsinstitut der Gewährleistung setzt die Thatsache eines Mangels des übertragenen Rechtes, mag dieser Mangel an dem Gegenstande des Rechtes selbst haften, oder durch den vernichtenden Anspruch eines Dritten ipso jure oder per exceptionem begründet werden, voraus und erzeugt nur ein eventuelles und subsidiäres Recht. Nicht die bloße Möglichkeit oder die Gefahr der Existenz eines Gewährleistungs- und Eviktionsgrundes, sondern die rechtliche und erkenntnißmäßige Feststellung dieses Momentes berechtigt den Cessionar zum Rückgriffe auf den Cedenten. Es ist deshalb das bloße Bestreiten der Forderung Seitens des vom Cessionar in Anspruch genommenen Schuldners zur Begründung des Regreßrechtes allein nicht genügend. Nach röm. und nach gem. R. sind diese Grundsätze keinem Zweifel unterworfen. Sola debitores negatio haud evincit, verum non esse debitum, so heißt es in Wernher lectiss. comment. ad D. XVIII 4 § 8, und die l. 3 C. 8, 45 lautet: Qui rem emit, et post possidet quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest. (Vgl. auch l. 16 § 1, l. 21 § 1, l. 34 §§ 1, 2, l. 56 § 1 D. 21, 2. Um aber dem regreßpflichtigen Verkäufer oder Cedenten Gelegenheit zu geben, die abgetretene Forderung gegen den Schuldner zu realisiren, schreibt schon das röm. R. als Voraussetzung für die Regreßklage die Litisdenunziation an den Auktor vor (l. 8 C. eod.).

Kauf körperl. Sachen, für nomen verum, d. h. für die rechtl. Mängel, und für nomen bonum, d. h. die natürl. Mängel der Forderung, als solcher kann die Vermögensunzulänglichkeit des deb. c. analog behandelt werden. Unter die rechtl. Mängel fällt sowohl die Nichtexistenz der Forderung wie die Existenz in den Händen eines besser Berechtigten (doppelte Cession). Die Gewährl. steht auch bei der Cession unter den allgem. Grundsätzen von der Gewähr, §§ 317 ff. I 5, Nr. 109, Bd. 1 S. 490; Bd. 2 S. 81. Sie beruht auch hier auf dem Vertrage, d. h. dem pact. d. c., setzt also einen lästigen Vertrag I 5 § 317; 11 §§ 1082—1084, 1176; 12 §§ 325, 397, 398; 17 §§ 100, 101, 126), und einen gültigen Vertrag voraus, ist Erfüllung dieses Vertrages, nicht Bürgschaft. Auf die Konsequenz, daß der Gewährleistungsanspr. entsprechend dem § 149 h. t. nur zwischen Cedenten und Cessionar, nicht zwischen letzterem und dem Cedenten seines Cedenten besteht, ist schon im Erk. a. Nr. 212 hingewiesen; ebenso unbedenklich ist aber auch, daß durch Weitercession seitens des

Das ALR. hat sich in der Lehre von der Gewährleistung der gemeinrechtlichen Auffassung im Allgemeinen angeschlossen, indem es dem Verkäufer die Pflicht auferlegt, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß er dieselbe bedungenermaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen kann (§ 318 I 5, § 135 I 11). Die Leistung der Gewähr wird daher als zur Erfüllung des Vertrages gehörig angesehen (§ 317 I 5). Als thatsächlichen Grund für die Gewährleistung und als Veranlassung dazu unterscheidet das ALR. gleichfalls Fehler der Sache und Rechtsansprüche Dritter an die Sache. Für den letzteren Grund, die Eviktion, stellt dasselbe den allgemeinen Rechtssatz auf: daß der Geber auch wegen der Ansprüche eines Dritten Vertretung leisten muß, insofern der Empfänger dadurch sich der Sache, nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages, zu bedienen gehindert wird (I 5, § 323; 11, § 136), und legt dem Empfänger, welcher von dem Dritten über die erkaufte Sache in Anspruch genommen wird, für die Geltendmachung des Regreßrechtes die Pflicht auf, den Verkäufer zur Ausführung und Vertheidigung der Gerechtsame zu dem Prozesse mit dem Dritten zuzuziehen (I 11 §§ 143 ff.; AGO. I 17 §§ 2 ff.). An die Unterlassung dieser Streitverkündigung knüpft das Gesetz nicht den Verlust des Regreßrechtes, sondern nur gewisse prozessualische Nachtheile (§§ 145, 146 I 11 ALR.), und läßt diese Wirkung auch dann eintreten, wenn sich der Käufer, ohne Zuziehung des Verkäufers, mit dem Dritten verglichen hat (§ 147 a. a. O.). Ist dem Käufer durch den Anspruch des Dritten die Sache ganz oder zum Theil entzogen worden, so regelt das Gesetz die Entschädigungspflicht des Verkäufers nach Verhältniß der obwaltenden Verschuldung (§§ 153 ff., 164 ff. a. a. O.). Diese Rechtsgrundsätze finden auch auf die Regreßobligation aus der Cession Anwendung (§§ 420, 423, 426 a. a. O.).

Hiernach ist zunächst unzweifelhaft, daß das Regreßrecht wegen Eviktion, als eventuelle Maßregel gegen den Cedenten, voraussetzt, daß dem Cessionar die abgetretene Forderung im Wege der Klage oder Einrede entweder ganz oder zum Theil entzogen und unwirksam gemacht worden ist. Diese Voraussetzung liegt in der Natur des Geschäftsvorganges. Denn durch die Cession ist der Cessionar Eigenthümer der Forderung geworden. Nur er ist berechtigt und legitimirt, die Forderung gegen den Schuldner zu realisiren und in Ansehung des Regresses wegen Unsicherheit auch zu einer solchen Realisation verpflichtet (§§ 427 ff. a. a. O.). Diese Realisation kann aber nur gegen den Schuldner und, im Falle dessen Widerspruches, nur in der Form eines Prozesses gegen den Schuldner erfolgen. In diesem Prozesse gegen den die Zahlung weigernden Schuldner wird die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der abgetretenen Forderung, und im letzteren Falle die Voraussetzung für die Regreßklage gegen den Cedenten festgestellt. Die einfache Thatsache des Negirens auf Seiten des Schuldners reicht daher für die Geltendmachung der Regreßobligation nicht aus; es muß vielmehr, wie das Marginale zum § 153 a. a. O. sich ausdrückt, „die Eviktion erfolgt", oder, wie der § 164 bestimmt, „die Sache durch den Anspruch des Dritten entzogen sein", oder, wie es im § 423 heißt: „die Unrichtigkeit der cedirten Forderung sich ergeben haben". Dieser thatsächliche Erfolg setzt aber als Regel einen Prozeß gegen den Schuldner voraus und das Gesetz knüpft an diese Voraussetzung noch das Recht, daß der Cessionar von dem Cedenten auch die Erstattung der bei dem Prozesse mit dem

---

Cessionars sein Anspr. auf Gewähr gegen seinen Cedenten nicht verloren geht, StrA. 31 S. 177, und daß, wenn der erste Cessionar seinen Anspr. auf Gewährl. an seinen Cessionar cedirt, dieser denselben gegen den ersten Cedenten nur so geltend machen kann, wie er dem ersten Cessionar zugestanden haben würde (§ 425 h. t.). Konsequenz ist, daß wenn beide Theile gewußt, daß die cedirte Forderung nicht bestand, weder Anspr. auf Gewährl., noch auf Valuta besteht, der Cedent namentlich die Valuta nicht fordern kann, auch wenn Gewährl. erlassen, StrA. 18 S. 127. Vgl. §§ 39, 41, 1063—1076; § 534 h. t.; § 55 I 5; Präj. 1808 (ohne Gründe) nimmt dasselbe richtig da an, wo nur dem Cessionar die Nichtexistenz bekannt war. Ist das p. d. c. sonst als Willenserklärung ungültig, so treten die §§ 262, 277 I 13 ein, d. h. die Cessionsvaluta wird mit der cond. s. c. unter den gewöhnl. Voraussetzungen zurückgefordert. Vgl. Erk. a. Nr. 101, Bd. 1 S. 439: StrA. 19 S. 197 (ungült. Cession von Pfandbriefen), Erk. b.

Dritten, also auch mit dem debitor cessus, aufgelaufenen Kosten von dem Cedenten verlangen kann (§ 156 a. a. O.; § 17 I 23 AGO.). Wenn der Kläger behauptet, daß sein Cedent, als Cessionar des Verklagten, die Klage gegen den abgetretenen Schuldner zwar angestellt, aber, auf den für begründet gehaltenen Einwand der Kompensation vor der rechtlichen Entscheidung, zurückgenommen habe, so hat er an sich die Voraussetzung der Regreßobligation gegen den Verklagten, als Cedenten, nicht erfüllt. Die Unrichtigkeit der Forderung, welche der Verklagte abgetreten hat und für welche er im Regresse steht, ist nicht nachgewiesen; eine Eviktion der Forderung, wenn man den Einwand der Tilgung auf dem Wege der Kompensation als Entwährung auffassen will, hat nicht stattgefunden und der Cessionar ist vor, wie nach, in der Lage, die Forderung, unter Assistenz des Verklagten, als Cedenten, gegen den Schuldner auf dem Wege Rechtens zur Realisation zu bringen.

Diesen Mangel der thatsächlichen Voraussetzung der Regreßklage versucht der Kläger in dem Prozesse gegen den Cedenten dadurch zu ergänzen, daß er die Existenz der Gegenforderung des abgetretenen Schuldners und dadurch das Nichtbestehen der cedirten Forderung unter Beweis stellt. Der Kläger kumulirt also gleichsam die Klage aus der Hauptobligation und die Klage aus dem Regresse. Allein für die eventuelle und sekundäre Klage aus der Regreßobligation fehlt ihm der Klagegrund, nämlich die erkenntnißmäßige Feststellung der Unrichtigkeit der Forderung gegen den abgetretenen Schuldner. Durch die Cession ist er Eigenthümer der Forderung geworden und mit der Realisation an den Schuldner gewiesen. So lange die letztere nicht fehlgeschlagen, ist auch der rechtliche Erfolg der Cession nicht alterirt und kein Grund für die Regreßklage gegeben. Der Verklagte, als Cedent, kann verlangen, daß sein Cessionar, als Eigenthümer der Forderung, sich zunächst an seinen Schuldner hält und von diesem die Erfüllung des Vertrages fordert. Das bloße Negiren seitens des Schuldners in der Form eines Kompensationseinwandes befreit den Cessionar nicht von dieser Pflicht und ermächtigt ihn nicht, unter unmittelbarer Darlegung des doch nur von dem Willen des Schuldners abhängigen Kompensationseinwandes, gegen den Cedenten sofort die Regreßobligation zu realisiren. Für diese ist actio nondum nata. Der § 147 I 11 ALR. giebt kein unmittelbares Klagerecht, sondern dehnt nur die Wirkung der unterlassenen Litisdenunciation (§ 146 a. a. O.) auch auf den Fall aus, wenn sich der Cessionar, ohne Zuziehung des Cedenten, mit dem Dritten verglichen hat. Der § 147 hat für den gegenwärtigen Fall und daher für die Frage: ob dem Cessionar, ohne Durchführung des Prozesses gegen den debitor cessus, unter Darlegung des von dem Letzteren geltend gemachten Einwandes der Kompensation, eine unmittelbare Regreßklage gegen den Cedenten zusteht, gar keine Bedeutung. Es kann zugegeben werden, daß das Regreßrecht durch einen zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus, unter Zuziehung des Cedenten, abgeschlossenen Vergleich modifizirt werden kann, auch, daß ein solcher Vergleich, ohne Zuziehung des Cedenten, für Letzteren bedeutungslos ist; jedenfalls sind diese Momente hier ohne Einfluß, da ein Vergleich mit dem Schuldner nicht behauptet und nicht festgestellt ist, es sich auch nicht um die Wirkungen der unterbliebenen Litisdenunciation handelt.

Daraus, daß Gewährl. nicht Bürgschaft (das ist namentlich auch in ObTr. 59 S. 108 ausgesprochen, wo es sich um die jetzt aufgehobenen §§ 200, 221 I 14 handelte) folgt, daß im Falle § 427 h. t. der ausgefallene Hypothekengläubiger nicht etwa erst den persönl. Schuldner in Anspruch zu nehmen hat. Dieser unzweifelhafte Rechtssatz ist konstant, theils mit Hinweis auf die rechtl. Natur der Gewährl., theils mit Rücksicht auf die Natur des Cessionsobjekts, angenommen in ObTr. 17 S. 173 (Präj. 2032) und in StrA. 1 S. 182; 18 S. 39; 16 S. 242; 21 S. 26. In letzterem Falle lag die Sache so, daß der Ausfall bei der Kaufgelderbelegung nach der Behauptung des in Anspruch genommenen Cedenten zu Unrecht und in Folge Irrthums des Subhastationsrichters festgestellt war, der dem Ersteher amortisirter Pfandbriefe, die den Hypothekengläubigern gebührten, auf das Kaufgeld angerechnet hatte. Das ObTr. hat auch in diesem Falle das Verlangen, daß der Cessionar vorerst den Ersteher in Anspruch nehme, abgelehnt, weil die Verpflichtung des Cedenten durch die Feststellung des Ausfalls begründet, der Cessionar nur verpflichtet, seinen Anspruch

Gründe: b. Die Frage ist: ob die §§ 427—441 I 11 ALR. bei der Gewähr für die Sicherheit einer cedirten Forderung allein und ausschließlich des § 285 I 5 ALR. Anwendung finden dürfen oder ob auch außer und neben ihnen der § 285 Platz greifen kann. Wäre die letztere Alternative zu verneinen, also anzunehmen, daß die Bestimmungen des Titels 11 allein maßgebend sind, dann würden dieselben, sowie § 285 I 5 und folgeweise auch die Vorschriften in I 3 §§ 16—19 und I 4 §§ 85 ff. über Begriff und Folgen des Versehens verletzt sein. Eine solche Ansicht erscheint aber nicht richtig. Implorant scheint davon auszugehen, daß die Verhaftung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung überhaupt dem Wesen eines Cessions-Geschäfts nicht entspricht und daraus einen Anhalt dafür zu entnehmen, daß die entgegengesetzte Auffassung des ALR. genau in den Grenzen der Spezial-Bestimmungen der §§ 427—441 I 11 gehalten werden müsse. Ein solcher Schluß würde aber nur dann sicher zutreffen, wenn das ALR. bestimmte einzelne Fälle der Verhaftung für die Sicherheit aufgestellt hätte. Das ist aber nicht geschehen; vielmehr in den §§ 427—430 l. c. ein Prinzip solcher Verhaftung aufgestellt, und wenn bei Hypothekenforderungen, § 427; bei Cessionen unter dem Nominalwerth, § 429; bei Cessionen mit Erlaß der Verhaftung oder mit erklärter Zweifelhaftigkeit der Sicherheit, § 430; die Verhaftung vermöge des Gesetzes nicht von selbst eintritt, sondern eine, hier nicht festgestellte, kontraktliche Uebernahme erfordert, so wird dadurch die Natur des positiven Theils der Bestimmung des § 430 l. c. als eines Prinzips der Verhaftung nicht alterirt, wenn gleich in der Praxis des Verkehrs sich die Zahl der Fälle der gesetzlichen Nichthaftung als die thatsächliche Regel ergeben mag. Hat aber das ALR. nicht blos einzelne Fälle, sondern ein Prinzip der Verhaftung für die Sicherheit aufgestellt, so muß dem auch eine juristisch zu qualificirende Auffassung zum Grunde liegen und dieser Grund kann nur in dem Cessions-Vertrage selbst gefunden werden, wie denn der § 376 l. c. ausdrücklich einen Vertrag als Voraussetzung der Abtretung erfordert und § 393 die Cessions-Akte als die Erfüllung des Vertrags und als die Vollendung des Cessions-Geschäfts selbst ansieht.

Das ganze Cessions-Geschäft hat daher ein vertragsartiges Fundament. Daß die Verhaftung für die Sicherheit nicht von selbst aus dem Vertrage schon thatsächlich realisirbar wird, sondern den Hinzutritt des Ausfalls der Forderung bei dem Schuldner erfordert, ändert in der Vertragsartigkeit des Verhältnisses nichts, sondern hat nur die Wirkung, daß die Verbindlichkeit des Cedenten nicht wie die des debitor cessus eine prinzipale ist, sondern nur als eine accessorische und subsidiaire aufzufassen ist.

Daß bei einer Hypothekenforderung die Verhaftung für die Sicherheit nur dann eintritt, wenn sie ausdrücklich übernommen worden, läßt nur die Natur des Accessorischen noch mehr hervortreten, ändert aber nichts in der Beschaffenheit des Cessions-Geschäfts selbst als eines Vertrags-Verhältnisses. Hat nun aber das Cessions-Geschäft überhaupt und namentlich die in der Verhaftung für die Sicherheit liegende Verbindlichkeit die Natur eines Vertrags-Verhältnisses, so ist daraus auch abzuleiten, daß die allgemeinen Vorschriften der §§ 285 ff. I 5 ALR. über das Verhalten der Kontrahenten bei Abschließung eines Vertrags auch für Cessionen maßgebend sind, daß also eine Verletzung der Vertragspflicht überhaupt auch bei Cessionen die Wirkung hat, für grobes Versehen einstehen zu müssen.

---

dem Cedenten zurückzucediren. (Das würde aber bei Versehn des liquidirenden Cessionars anders sein.)

Aus den allgem. Grundsätzen über Gewährl. u. Eviktion insbesondere folgt der Satz des Erk. a., vgl. unt. Nr. 197, Bd. 2 S. 81, und sodann, daß auch hier von Gewährl. nur die Rede, wenn der Mangel zur Zeit der Cession bestand und nicht vom Cessionar selbst verschuldet, § 321 I 5. In §§ 431, 432, 433 h. t. ist dies direkt ausgesprochen; Erk. e. Beide Grundsätze treffen für beide Fälle der Gewährl. zu. Daß von einem solchen Mangel und deshalb von Gewährl. nicht die Rede sein kann, wenn der Cedent nach der Cession die Forderung selbst direkt oder indirekt dadurch einzieht, daß sie durch compens. seitens des deb. c. als Tilgungsmittel für eine Schuld des Cedenten verwendet wird, ist unt. Nr. 212 hervorgehoben, StrA. 48 S. 361; ObTr. 12 S. 238. Ein Beispiel für den Einfluß eignen Verschuldens giebt ObTr. 61 S. 46, wo der Cessionar den Verlust des Prozesses gegen den

Die speziellen Bestimmungen der §§ 427—430 I 11 setzen ein regelrechtes, nicht schuldbares Verhalten des Cedenten voraus und gründen seine Verhaftung lediglich in den Cessions-Vertrag, oder ein besonderes Versprechen auch bei vorsichtigstem und redlichstem Verfahren, sie schließen aber die Beachtung und Wirksamkeit eines derartigen besonderen Verhaltens nicht aus. Von dem dolus ist solches in Betreff der Richtigkeit wie der Sicherheit ausdrücklich anerkannt §§ 424, 441. Daß nur des dolus besonders gedacht ist, erscheint nicht entscheidend, da die desfallsigen Bestimmungen in den §§ 424, 425, 441 nur die Disposition enthalten, daß das volle Interesse vergütet werden müsse, dessen Betrag aber die Höhe der valuta cessionis nicht übersteigen solle.

Diese Bestimmung hindert aber nicht, auch dem groben Versehen Wirksamkeit beizulegen; sie hat nur die Folge, daß auch bei einem solchen, die Höhe der Entschädigung auf den Betrag der Valuta beschränkt bleiben muß; nur diesen Betrag fordert aber der Kläger aus dem hier fraglichen Fundamente der Verhaftung für die Sicherheit und nur dieser Betrag ist ihm zuerkannt. Das Gesetz hat auch selbst daran gedacht, daß besondere Erklärungen des Cedenten über die Beschaffenheit der abgetretenen Forderung abgegeben werden. Dies geht daraus hervor, daß im § 421 in Betreff der Richtigkeit und im § 430 in Betreff der Sicherheit davon die Rede ist, daß die Forderung in der einen oder anderen Hinsicht als zweifelhaft abgetreten worden. Ist dieses geschehen, so soll der Cedent für die Richtigkeit nur haften, wenn er die wahre Beschaffenheit der Sache verschwiegen, oder sich sonst eines Betruges schuldig gemacht hat und für die Sicherheit soll er alsdann nicht haften. Wenn aber Erklärungen über die Zweifelhaftigkeit für den Cedenten die Folge haben sollen, daß er für die Sicherheit nicht haftet, so folgt daraus umgekehrt, daß positive Erklärungen und unwahre Versicherungen über die Sicherheit, also namentlich, daß vorhergehende Posten im Hypothekenbuche bezahlt und gelöscht seien, gegen ihn auch die umgekehrte Wirkung der Verhaftung für die Sicherheit haben müssen und die Anwendung des § 285 I 5 nicht ausgeschlossen ist. Dafür spricht auch die Gleichheit der rechtlichen Stellung des Cedenten und des Cessionars und so wie dieser nach §§ 432, 438, 439 I 11 seinerseits bei Verlusten nach der Cession und bei Beitreibung der Forderung sogar ein geringeres resp. mäßiges Versehen selbst zu tragen hat, so erscheint es gerechtfertigt, den Cedenten bei Erwägung seiner Pflichten bei Eingehung des Vertrages auch den Folgen des in seinem positiven Verhalten liegenden groben Versehens zu unterwerfen.

Auch der § 431 I 11 giebt einen Anhalt für die aufgestellte Ansicht. Es sollen danach alle Veränderungen, welche sich in der Sicherheit nach der Cession ereignen, den Cessionar als Eigenthümer treffen, sofern sie sich ohne Zuthun des Cedenten ereignen.

Ein Zuthun des Cedenten stellt also seine Verhaftung für die Sicherheit selbst bei Veränderungen nach der Cession wieder her. Daß dieses Zuthun ein doloses sein müsse, sagt das Gesetz nicht, faßt mithin das grobe Versehen in sich. Wenn aber dieses grobe Versehen nachher noch wirksam sein soll, so kann ihm um so weniger diese Wirksamkeit dann abgesprochen werden, wenn die Handlungsweise schon vorher bei der Cession die thatsächliche Beschaffenheit der Sicherheit unrichtig angegeben hat.

---

deb. c. und den Bürgen dadurch herbeigeführt hatte, daß er einen ihm durch Urtheil auferlegten Eid nicht geleistet, weil er de verit., statt de ignor. normirt. Das ObTr. hat den Regreß abgewiesen, weil der Verlust durch die unterlassene Remedur gegen das Urtheil verschuldet.

Auch hier ist aber der einfache Anspr. auf Gewährl. verschieden von dem auf das Interesse aus Verschulden bei Abschluß oder Erfüllung des Vertrages, dem das p. d. c. auch in dieser Beziehung gleich steht. Ein Beispiel giebt Erk. b., — vgl. unt. Nr. 101, Bd. 1 S. 440, 441 —; in dem Falle b. mußten übrigens ebenso auch die Grundsätze von der Anfechtung wegen Irrthums durchgreifen, §§ 77 ff. I 4.

Die Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs in Bezug auf die Bonität in §§ 427 ff. sind so normirt, daß die gesetzliche Regel der Haftung so gut wie zur Ausnahme wird. Ueber die Gewährl. bei Ueberweisung an Zahlungsstatt im Wege der Zwangsvollstr. vgl. jetzt § 736

Hätte der Gesetzgeber die nach § 16, 17 I 3 ALR. für alle rechtlichen Handlungen überhaupt und nach § 277, 284, 285 I 5 ALR. für Verträge insbesondere bestehende Pflicht, mit der erforderlichen Aufmerksamkeit zu handeln und Versehen zu vertreten, für Cessions-Geschäfte nicht wirksam sein lassen wollen; obwohl er das allgemeine Princip der Verhaftung für die Sicherheit aufgestellt hat, so hätte das ausdrücklich bestimmt werden müssen.

Wenn im § 324 I 5 bei der Gewährleistung für die Ansprüche eines Dritten an die zu gewährende Sache auf die näheren Bestimmungen bei den verschiedenen Arten der Verträge verwiesen wird, so kann daraus nicht hergeleitet werden, daß für Cessionen der § 285 I 5 als eine allgemeine Regel der Verhaftung für grobes Vergehen nicht Anwendung finden dürfe. Von einem Gewährs-Anspruche wegen Ansprüchen eines Dritten an die dem Kläger cedirte Forderung ist hier nicht die Rede, sondern von Ansprüchen dritter Personen an dasselbe Hypotheken-Objekt, welche dem Kläger nicht sein Recht an dieses Object, sondern nur die Sicherheit desselben entzogen haben. Nach alledem und bei Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift ist nicht anzunehmen, daß eine Versicherung des Verklagten, die er bei Eingehung der Cession dahin abgegeben hat, daß die dem Kläger vorstehenden 37,000 Thlr. bezahlt und gelöscht seien, ihn, wenn sie auch bei anderen Verträgen, z. B. bei einem Kaufvertrage, seine Verhaftung für ihre Unwahrheit herbeigeführt haben würde, doch bei einer Cession, der Unwahrheit ungeachtet, weil sie nur in einem groben Versehen beruhe, einer solchen Verpflichtung nicht aussetze. Es ergiebt sich vielmehr, daß das grobe Versehen in dem Verhalten des Cedenten bei Eingehung der Cession ihn nach der allgemeinen Bestimmung des § 285 I 5 ALR. für die Folgen desselben verantwortlich macht. Es handelt sich hier in einem solchen Falle nicht um die eventuelle und nur subsidiaire, auf die Vorschriften des ALR. Thl. I 11 §§ 420—441 oder ein einfaches Versprechen, für die Sicherheit haften zu wollen, zurückzuführende Gewährleistungs- oder Regreßbefugniß des Cessionars, sondern es handelt sich vielmehr um die davon verschiedene prinzipale und directe Verbindlichkeit des Cedenten für die Folgen seines, ein grobes Versehen darstellenden Verhaltens einzustehen.

Gründe: c. Ueber die Gewähr, welche der Cedent für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der abgetretenen Forderung zu leisten hat, verbreiten sich die §§ 420—425 I 11 ALR. Seine Verpflichtung, dem Cessionar dafür einzustehen, ist im § 420 l. c. ausgesprochen, diese Haftbarkeit daselbst jedoch nur im Allgemeinen festgestellt, nämlich ohne nähere Bestimmung, was der Cedent in dieser Beziehung zu erstatten hat, ob namentlich seine Verbindlichkeit sich auf Zahlung des vollen Nominalbetrages der übereigneten Forderung erstreckt, oder auf den Ersatz der vom Cessionar dafür gegebenen Valuta beschränkt ist. Der folgende § 421 behandelt den Fall, in welchem ausnahmsweise die Pflicht zu einer solchen Vertretung gänzlich ausgeschlossen ist, während der § 422 vorschreibt, daß unter den dort aufgeführten Umständen der Cedent eines nicht begründet gewesenen Rechts einem Betrüger gleichgeachtet werden solle. Demnächst heißt es zwar im § 423, daß der Cedent, auf welchen der Cessionar bei sich ergebender Unrichtigkeit der Forderung zurückgreift, demselben auch alle Schäden und Kosten, also alle Nachtheile vergüten müsse, welche ihn außer dem Verlust der Forderung betroffen haben; es wird jedoch auch hierdurch nicht speciell festgesetzt, worin die Entschädigung für den Letzteren bestehen soll. Wenn

---

Abs. 2 CPO., durch welche die in Erk. d. u. in ObTr. 17 S. 167; Präj. 2012 behandelte und verneinte Frage, ob § 444 h. t. auf solche anwendbar, erledigt ist. Auch für § 736 CPO. wird übrigens daran festzuhalten sein, daß der § 235 I 16 ALR. entsprechend die Ueberweisung in vim c. ausdrücklich verlangt sein muß, die bloße Annahme ohne vorherigen Antrag nicht genügt, StrA. 9 S. 65; ObTr. 41 S. 128. Auch aus § 736 CPO. folgt, daß, wenn die in v. c. überwiesene Forderung evincirt wird (sei es, daß sie nicht oder nicht mehr oder nicht für den Schuldner existirt), die alte Forderung, welche der Cessionsvaluta gleichsteht, wieder auflebt. Vgl. auch § 63 EigenthGes.

Inhalt und Umfang des Gewährleistungsanspruchs ergeben sich aus §§ 424—426, 440 h. t. Sicher ist danach, daß wie beim Kauf körperl. Sachen nach §§ 154, 155, 161, 162 h. t. nicht der Werth der Sache, sondern das Kaufgeld zu erstatten, bei Cession nicht die Obligation, sondern die gegebene Valuta Gegenstand des Anspruchs ist, RG. 7 S. 217; OHG. 11 S. 196.

dagegen der hier angereihte § 424 bei gleichzeitig vorliegendem, vom Cedenten verübten, Betrug diesem auferlegt, dem Cessionar das volle Interesse zu ersetzen, und endlich, unmittelbar anschließend, der § 425 besagt: Diese Verbindlichkeit ist jedoch auf diejenige Summe, um welche die cedirte Forderung dasjenige, was der Cessionar dafür gegeben hat, übersteigt, und die also der Letztere bei dem Geschäfte zu gewinnen gedachte, niemals auszudehnen, so kann diese Anordnung nicht als eine nur bei einem dolosen Verhalten des Cedenten geltende Regel in Betracht kommen, vielmehr wird hier überhaupt ergänzt, was in den vorstehenden Bestimmungen übergangen worden. Es wird dadurch, in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährleistung, die Grenze für die Höhe des Gewährsanspruchs gezogen, und allgemein der Grundsatz aufgestellt: daß der Cessionar, wenn gleich das Recht, welches er als das seinige auszuüben befugt sein sollte, als ein nicht existirendes ermittelt worden, doch nicht mehr als den Ersatz dessen, was er dafür gegeben, zu verlangen habe. Wollte man denselben nur bei betrügerischer Handlungsweise des Cedenten in Anwendung bringen, so könnte der redliche Entäußerer bezüglich der Gewährleistungspflicht in eine üblere Lage gelangen, als derjenige, welchem eine Unredlichkeit hierbei zur Last fällt.

Unbedenklich ist es ferner, und zeither auch judicando angenommen worden, daß hiernach das Princip des § 425 für die Höhe der Vertretung maßgebend ist, es mag die Pflicht hierzu lediglich auf dem Gesetze beruhen, oder im Vertrage vom Cedenten noch besonders eingegangen sein. Für den vorliegenden Fall bleibt aber noch zu erörtern, ob diese positive Vorschrift *absolut verbietende Natur hat, ob also selbst bei einem ausdrücklichen vertragsmäßigen Versprechen des Cedenten, neben Erstattung der sonstigen Schäden und Kosten über den Betrag der Cessions-Valuta hinaus, bis zum Nennwerth der veräußerten Forderung, für deren Richtigkeit zu haften,* der Anspruch auf Zahlung einer den ersteren übersteigenden Entschädigungssumme nicht gestattet ist.

Ein solches Abkommen muß allerdings als eine der rechtlichen Wirksamkeit entbehrende Vereinbarung erachtet werden. Dies ergiebt schon der Wortlaut des Gesetzes, nach welchem dasjenige, was der Cedent dem Cessionar außer den im § 423 erwähnten Schäden und Kosten und, bei vorwaltendem Betruge, außer dem durch die Vornahme des Geschäfts von den Letzteren eingebüßten Gewinn, § 424, für die verlorene Forderung selbst zu erstatten hat, niemals, also in keinem Fall und unter keinerlei Umständen, *folgeweise auch nicht bei vorhandener entgegengesetzter Verabredung,* über den Betrag der empfangenen Valuta hinausgehen soll. Zu dieser Auffassung der im § 425 l. c. gegebenen Rechtsregel führt auch die Erwägung, daß die Haftbarkeit für den das Entgelt des Cessionars übersteigenden Theil der unrichtig befundenen Forderung, lediglich im Versprechen des Cedenten ihren Grund haben, jede außerhalb desselben liegende causa obligans, jede vorherige oder nachfolgende Gegenleistung, dafür ermangeln würde, und doch die Annahme einer Liberalität des Cedenten gegen den Cessionar mit der Natur eines solchen Cessions-Geschäfts nicht vereinbar ist. Wird dem Cessionar die Forderung von deren Eigenthümer für einen geringeren als den Nominal-Betrag überlassen, so giebt sie dieser hin gegen Erstattung des Werths, welchen sie ihm unter den vorwaltenden Umständen gewährt, oder er ist durch die Lage seiner Vermögensverhält-

---

Ein Beispiel giebt StrA. 42 S. 83, wo A. gegen B. Lieferung von Roggen zu bestimmtem Termin übernommen, Angeld und ein Accept des B. erhalten, den Rest des Kaufpreises bei Lieferung erhalten sollte, B. seinen Anspruch an C. cedirt hatte und A. nicht lieferte, weil das Accept des B., obwohl C. das Geld dazu von B. erhalten, vertragswidrig nicht eingelöst wurde. Demnächst klagte C. gegen B. *auf die Differenz.* Dieser Anspruch war, abgesehn von allen anderen, unbegründet, weil nach §§ 420 ff., 440, 441 die Gewährl. nicht in der Erfüllung der Pflicht des deb. c., hier des A. auf Lieferung ev. Interesse, besteht, der Cessionar nie die actio emti gegen den Cedenten haben kann, sondern nur Anspr. auf Rückgabe der Valuta nebst Erstattung der Schäden und Kosten gegen Rückcession der Forderung. Ebenso StrA. 18 S. 195. Bei theilweiser Eviktion oder theilweisem Ausfall sind in OHG. 11 S. 196 die §§ 164 ff. h. t. analog angewendet und darauf Erstattung verhältnißmäßigen

nisse genöthigt, dieselbe für diesen niederen Preis zu veräußern. Sobald sich deren Unrichtigkeit, also deren gänzliche Werthlosigkeit, herausstellt, ist der Cedent durch Herauszahlung dessen, was er dafür erhalten, den Cessionar schadlos zu halten verbunden. Cedent erleidet in keinem Fall durch die Cession einen Verlust, und eben so wenig ist es ihm darum zu thun gewesen, gegen den Cessionar einen Akt der Freigebigkeit zu üben und ihm einen Gewinn zuzuwenden. Dagegen enthält es eine aus dem Cessionsvertrage hervorgehende Bereicherung des Cessionars mit dem Schaden des Cedenten, wenn dieser gemäß der dabei getroffenen Abrede mehr vergütet, als er empfangen, und jener durch den beabsichtigten Erwerb und die versuchte Einziehung der Forderung überhaupt verloren hat. Für den Fall ihrer Unrichtigkeit kann durch ein solches besonderes Abkommen der Cessionar nur gewinnen, der Cedent nur Nachtheil haben. Wollte man die vertragsmäßige Zusicherung, in Folge welcher der Cessionar außer seinen im § 423 behandelten Schäden und Kosten und außer dem für die Cession gegebenen Betrage noch eine anderweite Summe, nämlich die Differenz zwischen dem letzteren und dem Nominalwerth der Forderung, als Ersatz erhalten soll, um deswillen für zulässig erachten, weil dies als eine Entschädigung dafür anzusehen sei, daß ihm die Nutzungen der Cessions-Valuta inzwischen entgangen und dieselben vom Cedenten bezogen worden seien, so würde jenem die Gelegenheit eröffnet sein, sich für das Hergeben des Geldes übermäßige Vortheile zu verschaffen, und namentlich auch nichts entgegenstehen, verbindende Kraft einer Uebereinkunft einzuräumen, durch welche der vom Cedenten zu leistende Ersatz noch über den Nominalwerth der abgetretenen Forderung festgesetzt wird. Die Gültigkeit eines das Princip des § 425 abändernden Vertrages würde die Möglichkeit, wucherliche Geschäfte unter einem solchen Handel mit Geldforderungen zu verbergen, wesentlich fördern. Der Gesetzgeber hat aber offenbar der gewinnsüchtigen Absicht bei Cessionen den Raum, welchen sie schon durch die von der lex Anastaniana abweichenden Bestimmungen der §§ 390, 391 l. c. erlangt hat, nicht vergrößern, vielmehr dessen Erweiterung und jeder derartigen Bereicherung des Cessionars aus dem Vermögen des Cedenten, insbesondere der Verdeckung des Wuchers auf diesem Wege, entgegentreten wollen. Dieser Zweck würde verfehlt sein, wenn die zu dessen Erreichung getroffene Anordnung des § 425 im Wege der Autonomie aufgehoben werden könnte. Die diesfällige Vorschrift muß hiernach als ein Prohibitiv-Gesetz erachtet werden. Das Präj. 1701 steht mit den hier entwickelten Grundsätzen nicht im Widerspruch, indem nach dessen wesentlichem Inhalt und laut der Motive des demselben unterliegenden Erkenntnisses v. 13. Febr. 1846 damals nur zur Entscheidung gestanden hat, ob der § 425 auch normativ sei, wenn die Gewährleistung für die Richtigkeit der Forderung generell in einem Vertrage zugesagt worden. Eine die Höhe der Entschädigung, jener Bestimmung entgegen, regulirende Verabredung wurde in jenem Fall als vorliegend nicht angenommen, es war über die Zulässigkeit eines solchen Abkommens ein Spruch nicht zu fällen, und es kann daher dieselbe durch jenes Präjudiz, durch den in dasselbe am Schluß eingeschlossenen Vorbehalt, noch nicht für festgestellt erachtet werden. Demzufolge hat der App.-Richter im jetzigen Rechtsstreit gegen die in der Nicht.-Beschw. als verletzt bezeichneten §§ 423—425 dadurch nicht gefehlt, daß durch seine Entscheidung Kläger unter Bezugnahme jener Gesetzstellen mit dem Anspruch auf Erstattung des

---

Theils der Valuta ausgesprochen. Bezüglich der Kosten des Prozesses gegen den deb. c. spricht das Erk. d. die Pflicht des Cedenten zur Erstattung ohne Rücksicht auf seine culpa aus. Ueber die abweichende Auffassung des ObTr. beim Kauf körperl. Sachen vgl. das Erk. d. unt. Nr. 197, Bd. 2 S. 81 u. S. 88, 89 daselbst.

Beschränkt ist der Umfang des Anspruchs in § 425, 440 h. t. ausdrücklich auf den Betrag der Valuta, und im Erk. c. aus dieser selbst für den Betrugsfall statuirten Beschränkung die Natur des § 425 als Verbotsgesetz gefolgert, das durch pacta priv. nicht abzuändern. Der § 153 h. t. würde danach für Cessionen unanwendbar sein, der Cessionar stets nur die Valuta, Zinsen, Kosten und bei dolus das, was er durch die Valuta hätte erlangen können, zu fordern haben. Das ObTr. hat an diesem Grundsatz konstant festgehalten, so in StrA. 6 S. 116 (Fall der Eviktion durch den früheren Cessionar gegen den späteren; § 324 I 5,

Nominalwerths der ihm abgetretenen Forderung, soweit derselbe die gezahlte Cessions-Valuta übersteigt, ungeachtet des ihm dafür zur Seite stehenden Abkommens, abgewiesen worden ist.

Gründe: d. Was die Forderung von 500 Rthlrn. nebst Zinsen und die in dem Vorprozesse wider den Verklagten den Klägern entstandenen Kosten anbelangt, so haben beide Vorderrichter die Kläger damit angebrachtermaßen abgewiesen, indem sie die gerichtliche Ueberweisung resp. Cession, da sie gegenstandslos war, für einen nichtigen Akt erachteten, der gar keine Rechtswirkung, also auch nicht die eines Gewährs-Anspruches gehabt habe, und daher die Kläger auf ihre Judikats-Forderung verwiesen und zwar so, als habe die gerichtliche Ueberweisung gar nicht stattgehabt.

Mit Recht führen Kläger aus, daß durch diese Entscheidung die §§ 1, 6 des Ges. v. 4. Juli 1822*) und der § 420 I 11 ALR. verletzt. Was die Frage der Gewährleistung bei im Wege der Exekution erfolgten Cessionen anbelangt, §§ 1, 6 Ges. v. 4. Juli 1822, so stehen sie den auf einem Vertrage beruhenden Cessionen ganz gleich, und findet auf sie die Ausnahme des § 444 a. a. O. keine Anwendung, wie dies bereits vielfach in der Judikatur des ObTr. angenommen worden; ObTr. 17 S. 168. Das Gesetz stellt eine cedirte Forderung als ein bereits tradirtes Recht dar, §§ 376, 377 I 11 ALR., und nimmt diesen Rechtszustand auch bei Cessionen nicht oder nicht mehr existirenden Forderungen an, indem in diesem Falle der vom Cedenten bezeichnete Schuldner einem Evinzenten gleich geachtet wird, § 426 I 11. Also in dem Wesen der Cession als eines Traditionsaktes liegt es, daß hier nicht, wie bei nicht existirenden körperlichen Sachen, die eben, weil sie nicht existiren, auch nicht in der Idee übergeben oder tradirt werden können, ohne Weiteres ein nihil actum angenommen, §§ 39—41, §§ 381, 364 I 11, sondern der Benachtheiligte auf die Gewährsklage verwiesen wird, indem der oben bereits wörtlich allegirte § 420 a. a. O. auch für den Fall der Nichtexistenz der cedirten Forderung die Cession nicht für ungeschehen, sondern im Gegentheil den Cedenten aus der Cession für haftbar erklärt, und der darauf folgende § 421 die betreffende Pflicht des Cedenten als eine „Gewährleistung" bezeichnet.

Der Kläger war also an die Cession, worin ihm die angeblich dem Verklagten zustehende Forderung für seine judikatmäßige Forderung an Zahlungsstatt im Wege der Exekution übereignet worden, insoweit gebunden, als er nicht ohne Weiteres davon wieder abgehen durfte, sondern bei dem Widerspruch des Verklagten prozessualisch ihre Rescission herbeiführen mußte. Dies hat er in dem vorliegenden Prozesse gethan durch Anstellung der Gewährsklage als actio redhibitoria. Er verlangt, daß ihm bei dem Mangel der Verität der ihm cedirten Forderung der Verklagte die Valuta bezahlt, d. i. die Forderung nebst Zinsen und Kosten, welche er gegen den Verklagten rechtskräftig erstritten hat, und welche auf die Valuta der cedirten Forderung verrechnet worden war. Nur so und nicht anders konnte und durfte der Kläger seine Klage begründen, und beansprucht der Kläger keineswegs, wie der Vorderrichter anzunehmen scheint, eine nochmalige Entscheidung über seine Judikats-Forderung (bis in idem), sondern einzig und allein darüber, daß der Ver-

*) Vgl. jetzt § 736 CPO.

§ 490 h. t. für den Erbschaftskauf); 18 S. 195, wo Sicherheit für den Betrag der ganzen Forderung übernommen war, der Regreß trotzdem nur auf Höhe der Valuta zugelassen und dem Cessionar der Beweis, daß er den Nennwerth als Val. gezahlt, aufgebürdet ist; 29 S. 214 (Gewährl. für Nennwerth); 65 S. 321, wo der Grundsatz nur nicht angewendet, weil das Rechtsgeschäft konkret nach Sächs. R. zu beurtheilen, da die Kontrahenten bei der Cession in Sachsen wohnten, die Cession dort abgeschlossen, der deb. c. Sachse war, — StrA. 70 S. 247 („Haftung für allen Ausfall als Selbstschuldner" ungültig), StrA. 96 S. 187 (selbstschuldnerische Bürgsch. des Cedenten ungültig). Auch in ObTr. 62 S. 71 ist die vom Cedenten in einem besonderen Reverse nach der Cession übernommene Verpflichtung, dem Cessionar für den Ausfall bei etwaiger Subh. als Selbstschuldner aufzukommen, für unverbindlich erklärt, nachdem festgestellt, daß die Valuta unter dem Nennwerth verabredet, weil

klagte auf Grund seiner Gewährspflicht für die gegenstandslose Cession ihm gerecht werde.

Was sodann die Kosten des von den Klägern gegen den debitor cessus, wegen der nicht existirenden Forderung erfolglos angestrengten Prozesses anbelangt, so hat der Verklagte jede Erstattungs-Verpflichtung bestritten, und haben hier beide Vorderrichter den Kläger mit seinem desfallsigen Anspruche pure abgewiesen. Der App.-Richter ist der Ansicht, daß nur ein arglistiges Verhalten hierbei den Verklagten regreßpflichtig machen konnte, ein solches ihm aber nicht nachgewiesen sei, sondern vielmehr vor Anstellung des Prozesses von dem Mandatar des angeblichen Schuldners von dem Nichtbestehen der Schuld der Kläger unterrichtet worden sei, also derselbe auf eigene Gefahr den Prozeß unternommen habe.

Auch diese Entscheidung ist rechtsgrundsätzlich unrichtig und verstößt gegen § 423 I 11 ALR.

Danach müssen auch die Kosten des gegen den debitor cessus angestrengten Prozesses erstattet werden, gleichviel ob der Cedent bei der Cession sich einen Betrug hat zu Schulden kommen lassen oder nicht. Daß dies gleichgültig ist, geht schon daraus hervor, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 424 bei der Konkurrenz eines Betruges die Vertretungspflicht eine noch größere ist. Die in Rede stehenden Kosten werden aber vom Gesetz nur zum wirklichen Schaden gerechnet, § 156 I 11 ALR. und kann es daher auf eine Culpa des Gewährspflichtigen nicht ankommen, die überhaupt, was den wirklichen Schaden anbelangt, bei der Gewährleistung nicht entscheidet, indem dieser unter allen Umständen zu ersetzen ist. Wird nun rücksichtlich der Gewährleistung eine auf Grund des Ges. v. 4. Juli 1822 erfolgte Cession einer freien Vertrags-Cession gleich geachtet, so ist der Verklagte auch die hier streitigen Prozeßkosten dem Kläger zu erstatten verpflichtet. Zweifelhaft wäre die Entscheidung, wenn man annehmen könnte, daß der Kläger von der Nichtexistenz vorher dergestalt überzeugt worden, daß er den Ausgang des Prozesses vorausgesehen hat oder voraussehen mußte. Dies stellt jedoch der App.-Richter nicht fest, und ist auch aus den dem Kläger gemachten Mittheilungen nicht zu entnehmen, die nicht einmal vom Verklagten, sondern von dem Mandatar des debitor cessus ausgegangen sind und auch sonst nicht geeignet waren, dem Kläger jene Ueberzeugung zu verschaffen; und die bloße Ungewißheit, in welche der Kläger dadurch versetzt sein konnte, rechtfertigt noch nicht die Aufstellung des Rechtssatzes, daß der Kläger den Prozeß auf eigene Gefahr unternommen habe. Daß hier die Einklagung der cedirten Forderung behufs Erhaltung des Rückgriffsrechtes von der Vorsicht geboten war, beweist schon der Umstand, daß der Verklagte jetzt dem Kläger den Einwand entgegensetzt, er sei durch die Cession abgefunden und habe nach den Gesetzen überhaupt keinen Gewährsanspruch.

Gründe: e. Zunächst ergiebt sich von selbst, daß, wenn in dem Cessions-Vertrage die von dem Cedenten für die Sicherheit der abgetretenen Forderung ausdrücklich versprochene Gewährleistung, nach Umfang und Dauer genau bestimmt ist, die hierdurch begründete Verbindlichkeit auch nur nach dem Inhalte des abgeschlossenen Vertrages abgemessen werden darf. Denn

---

die s. g. Bürgschaft keine solche im Sinne der §§ 257 ff. I 14, nur Modifikation der Gewährspflicht, der § 425 h. t. dadurch unzulässig umgangen. Direkt weicht davon auch StrA. 82 S. 43 nicht ab, wo die Stipulation für gültig erklärt, daß der Cedent dem Cessionar als Selbstschuldner für den Nennwerth haften solle, wenn der deb. c. nicht pünktlich zahlt, — weil hier die Bürgsch. ohne Rücksicht auf Existenz oder Ausfall nur für pünktliche Zahlung übernommen, eine Art Konventionalstrafe.

In RG. 4 S. 274 (HS.) ist dagegen direkt abweichend die selbstsch. Bürgsch. des Cedenten für Kapital, Zinsen und Kosten ohne Rücksicht auf die Höhe der Valuta zugelassen, weil § 425 h. t. kein Verbotsgesetz enthalte, nicht gegen den Wucher gerichtet sei, die Nichtexistenz eines Vertrages, § 153 h. t., voraussetze, in Ermanglung eines solchen das Erfüllungsinteresse normire, §§ 292 ff. I 5; l. 4, 5 D. 18, 4. Die Folgerung des ObTr. im

die Contrahenten können die Rechte, welche sie einander einräumen, sowohl in den Haupt= als in Nebenverträgen, nach Gutbefinden bestimmen, erweitern oder einschränken, § 226 I 5 ALR. Verträge müssen aber nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden, § 270. Die aufgeworfene Frage kann mithin nur dann zur Erwägung kommen, wenn in dem Cessions=Vertrage die für die Sicherheit der abgetretenen Forderung zu leistende Gewähr blos im Allgemeinen verheißen ist, ohne Umfang und Dauer derselben näher zu bestimmen. Unter dieser Voraussetzung ist aber die vorgedachte Frage dahin zu beantworten, daß auch in diesem Falle die Vorschriften der §§ 434, 435 anzuwenden sind. Nach röm. R. haftet der Cedent nur für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der abgetretenen Forderung, nicht für die Einziehungsfähigkeit, Zahlbarkeit derselben, insofern er sich dazu nicht ausdrücklich verpflichtet hat, oder sich in dolo befindet, l. 4 D. 18, 4.

Von diesen Grundsätzen des röm. R. ist das ALR. theilweise abgegangen. Nachdem in den §§ 427, 429, 430 I 11 die Fälle bestimmt sind, in welchen die Verpflichtung des Cedenten, für die Sicherheit der abgetretenen Forderung zu haften, nur durch Vertrag zur Wirklichkeit gelangen kann, und in welchen diese Verpflichtung unmittelbar aus dem Gesetze entsteht, geht das Gesetz sodann zu den Wirkungen und Folgen über, welche die also begründete Verpflichtung äußert, §§ 431, 432, 433.

Unmittelbar hieran reihen sich die §§ 434, 435, worin die Obliegenheit des Cessionars bei Einziehung der abgetretenen Forderung bestimmt, und zugleich der Grundsatz ausgesprochen wird, daß der Cedent von der Verhaftung frei werde, wenn der Cessionar die Einziehung der ihm abgetretenen Forderung versäumt. Dies vorausgesetzt, läßt sich nun aber weder in der Wortfassung der §§ 434, 435, noch in deren Stellung, ein zureichender Grund auffinden, welcher zu der Annahme berechtigen könnte, daß dieselben lediglich von dem Falle sprechen, wenn die Verpflichtung zur Gewährleistung unmittelbar aus dem Gesetze entsteht. Wortfassung und Stellung führen vielmehr gerade zu dem entgegengesetzten Resultat. Weder in dem § 434, noch in dem § 435 ist unterschieden, ob Vertrag oder Gesetz der Entstehungsgrund der Gewährleistung sei; es ist vielmehr ganz allgemein von „Forderungen", und mit diesem allgemeinen Ausdrucke von allen Arten von Forderungen gehandelt, mithin auch von denjenigen, hinsichtlich deren die Verpflichtung zur Gewährleistnng nur durch Vertrag begründet wird. Eben deshalb ist es um so weniger zuläßig, hierbei mit Hinsicht auf die verschiedenen Entstehungsarten der Gewährleistung zu unterscheiden; die diesfallsige Verpflichtung ist, obschon sie auf verschiedene Weise entsteht, dennoch, wenn sie einmal entstanden ist, ihrer rechtlichen Natur nach, eine und dieselbe. Diese Auslegung rechtfertigt sich ferner durch die Beziehung, in welcher die §§ 434, 435 unverkennbar zu den §§ 431—433 stehen. Jene schließen sich unmittelbar an diese an, stehen mit denselben auf einer Linie, und, was von letzteren gilt, muß eben deshalb auch von den §§ 434, 435 gelten. Die §§ 431—433 beziehen sich aber unbedenklich ebensowohl auf die durch Vertrag begründete, als auf die unmittelbar aus dem Gesetze entstehende Verpflichtung zur Gewährleistung. Dies ergiebt sich schon aus der Fassung des § 431. Der § 431 spricht nicht von *einem* Falle, vielmehr von *allen* Fällen, in denen „nach vorstehenden Grundsätzen" der Cedent haften muß. Diese Grundsätze sind nun nicht blos in dem § 430, sondern auch in den §§ 427, 429 enthalten; ohne daher der Fassung des § 431 eine Sprach=

Erk. c. aus dem Wortlaut des § 425 h. t. erscheint auch sehr bedenklich. Vgl. § 226 I 5 u. Erk. e. Daß in einer Stipulation der fraglichen Art konkret ein Wuchergeschäft im Sinne des Wuchergesetzes enthalten sein kann und dann dem entsprechend zu beurtheilen ist, kann übrigens nicht in Abrede gestellt werden.

Wie sich der Gewährsanspr. gestaltet, wo das p. d. c. die Natur eines gewagten Geschäfts hat und die Abrede zugleich den Keim der Ungültigkeit in sich trägt, darüber vgl. das oben bereits citirte Erk. a. Nr. 101, Bd. 1 S. 439 (Cession eines Witthums; Untergang des Witthums durch Wiederverheirathung). Ueber die Modifikation des Gewährsanspr. bei Cession der Rechte aus einer Assignation vgl. das Erk. c. Nr. 212.

Voraussetzung des Gewährsanspr. aus mangelnder Bonität ist, wie bereits hervorgehoben, mangelnde Sicherheit *zur Zeit der Cession*, Erk. e. An sich würde der Cessionar diese

unrichtigkeit unterzulegen, kann man den § 431 nicht lediglich auf den nur Einen Grundsatz aussprechenden § 430 beziehen, vielmehr muß er auf sämmtliche vorhergehende §§, insbesondere auch auf den § 427, bezogen werden, in welchem grundsätzlich bestimmt ist, daß der Cedent für die Sicherheit der Hypothekenforderung hafte, wenn er solches ausdrücklich übernommen hat. Dies ist um so weniger zweifelhaft, als sich die in den §§ 431—433 aufgestellten Grundsätze schon aus der rechtlichen Natur der Cession, durch welche das Eigenthum der abgetretenen Forderung auf den Cessionar übergeht, von selbst rechtfertigen, und eben deshalb deren Anwendbarkeit durch eine bestimmte Art der Entstehung der Verpflichtung zur Gewährleistung auf keine Weise bedingt sein kann. Müssen hiernach die §§ 431—433 eben sowohl auf die vertragsmäßig begründete, als auf die aus dem Gesetze entstehende Verpflichtung zur Gewährleistung angewendet werden, so muß eben dies auch von den §§ 434 und 435 gelten.

Schon aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die Vorschriften der §§ 434, 435 nicht lediglich auf den Fall beschränkt werden dürfen, wenn die Verpflichtung zur Gewährleistung unmittelbar aus dem Gesetze entspringt. Jeder Zweifel verschwindet aber in dieser Beziehung bei der Erwägung, daß, wenn der Versprechende den Umfang und die Dauer der Gewährleistung in dem Vertrage nicht bestimmt hat, die fehlende Bestimmung aus dem Gesetz ergänzt werden muß, weil die Verpflichtung des Versprechenden nur innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Begriffs aufgefaßt und verstanden werden kann. Was also die gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährleistung mit sich bringen und über die Mittel und Bedingungen, solche zu wahren, angeordnet haben, dies muß auch bei der durch Vertrag übernommenen Anwendung finden. Wo mithin der Vertrag nichts Näheres bestimmt, da muß der Richter sich demjenigen nähern und anschließen, was das Gesetz für das gegebene Geschäft anordnet; es können aber bei Cessionen nicht die Grundsätze von Bürgschaften, die einen ganz andern Begriff bilden, zur Folge dienen.

In der That entsprechen die Grundsätze der §§ 434, 435 selbst in dem Fall, wenn die Verpflichtung zur Gewährleistung auf Vertrag beruht, ganz der Natur des hieraus hervorgehenden Rechtsverhältnisses. Aus der vertragsmäßigen Uebernahme der Gewährleistung für sich allein läßt sich noch keineswegs ableiten, daß der Cedent sich dem Cessionar für die Zahlbarkeit des Schuldners ohne alle Zeitbestimmung, gleichsam habe verbürgen wollen, gesetzt auch, daß der Cessionar die abgetretene Forderung noch so lange uneingezogen und ungekündigt stehen lasse, und daß sich inzwischen, vielleicht im längsten Zeitraume, und bis an die Grenzen der Verjährung, durch Einwirkung äußerer Verhältnisse und durch Veränderung der Umstände, Sinken des Werthes der ländlichen und Verfall der städtischen Grundstücke, ein noch so großer Nachtheil in der Sicherheit gestaltet hätte. Nur derjenige ist gesetzlich für alle Zufälle verhaftet, welcher ausdrücklich alle Gefahr und allen Schaden übernommen hat, § 261 I 5 ALR. An solche, den gesetzlichen Bestimmungen fremde Folgen seiner Erklärung kann aber der Cedent nicht gedacht haben, welcher sich einfach auf die Stipulation beschränkt hat, daß für die Sicherheit der Forderung Gewähr übernommen werde. Ohne daher den Cedenten wesentlich in seinen Rechten zu verletzen, können solche Folgen mit seinem Versprechen nicht verbunden werden. Die von dem Cedenten gegebene Zusicherung, daß die abgetretene Forderung sicher

---

Voraussetzung zu beweisen haben und der Beweis würde an sich aus dem späteren Ausfall der Forderung nicht folgen. Aus den §§ 434—436, die, wie Erk. e. nachweist, gleichmäßig auch auf den Fall der vertragsmäßig übernommenen Gewährleistung anzuwenden, — vgl. ObTr. 74 S. 171 unt. Nr. 117, Bd. 1 S. 527, — folgt indessen, einmal, daß die Unsicherheit z. B. der Cession dann angenommen wird, wenn der deb. c. in der Zeit bis zu dem Verfalltage oder bis zum Ablauf des in § 435 bestimmten Kündigungsfrist in Konkurs gerathen oder, wie die Praxis der ratio entsprechend, angenommen, sonst fruchtlos exequirt ist, Präj. 639; Erk. f.; StrA. 18 S. 39; 78 S. 10; 80 S. 165, und aus dem Zusammenhange mit § 736, mit §§ 434, 435, daß der Ausfall der Forderung auch ohnedies auf den Mangel der Sicherheit z. B. der Cession zurückgeführt wird, wenn der Cessionar die in §§ 434, 435 vorgeschriebenen Pflichten erfüllt. Daraus ergiebt sich, wie dies auch in

sei, kann deshalb nur auf den gegenwärtigen Zustand der Forderung bezogen werden, und folgerecht ist es dem Cessionar zur Pflicht gemacht, diesen gegenwärtigen, nur allein gewährten Zustand festzustellen, mithin die Forderung zu kündigen und einzuziehen. Darauf führt schon der Begriff der Gewährleistung, und als solche bezeichnet das Gesetz selbst, §§ 429, 431, 440, die Verpflichtung des Cedenten. Vermöge der Gewährleistung muß ein Contrahent dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach dem Inhalte und der Natur des Vertrages bedienen könne, daß also die gegebene Sache weder in sich, noch in ihren Beziehungen zur Außenwelt, fehlerhaft sei. Nun versteht es sich aber von selbst, daß es hierbei lediglich auf den zur Zeit der Uebergabe vorhandenen Zustand ankommt. Eine Fehlerhaftigkeit, welche später entsteht, kann daher auf Grund der Gewährleistung nicht gerügt werden. Und ebenso verhält es sich mit der Gewähr, welche für die Sicherheit der Forderung zugesichert wird, mit der sich von selbst ergebenden Modifikation, daß hierbei nicht der Zeitpunkt der Uebergabe, sondern die Zeit der Fälligkeit der Forderung entscheidet, weil es sich erst dann zeigt, ob die Forderung einziehungsfähig und sicher ist.

Die Richtigkeit dieser Ansicht findet endlich auch eine wesentliche Bestätigung in der Entstehung der §§ 427—441. Suarez bezeugt ausdrücklich in seinen „amtlichen Vorträgen bei der Schluß-Revision des ALR.": „es sei die Regel des röm. R., daß ex cessione nominis der Cedent nur veritatem, nicht aber bonitatem, nisi specialiter promissam, prästiren dürfe, zwar beibehalten, aber davon die Ausnahme statuirt, wenn die Forderung nicht eingetragen sei, und der Cedent volle Valuta der abgetretenen Forderung von dem Cessionar erhalten habe."

Hiernach darf also angenommen werden, daß, insoweit nicht von diesen Ausnahmefällen die Frage ist, das röm. R., in Beziehung auf den vorliegenden Gegenstand, im ganzen Umfange und ohne weitere Abänderung hat beibehalten werden sollen. Nach den Grundsätzen des röm. R. verpflichtet nun aber selbst das ausdrückliche Versprechen, für die Sicherheit des cedirten nomen zu haften, nur für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Cession. Eine später eintretende Unsicherheit der Forderung zu vertreten, ist dagegen der Cedent nicht verbunden, insofern in dieser Beziehung nicht noch eine besondere Stipulation hinzugetreten ist. Diesen Grundsätzen sind die Vorschriften der citirten §§ 434, 435 völlig entsprechend, so daß also das ALR. insoweit mit der Theorie des gem. R. ganz im Einklange steht.

Gründe: f. Von der Bestimmung des § 432 I 11 unterscheidet der § 434 sich dadurch, daß jener von Herbeiführung von Verlusten in dem objektiven Zustande der Sicherheit nach der Cession durch Versehen des Cessionars handelt, die ihm ebenso zur Last bleiben, wie die Zufälle, die sich nach der Cession in der Sicherheit ereignen; Verluste, wegen deren der Cessionar sich mithin auch unter Beobachtung der im § 434 ihm auferlegten Pflichten nicht an den Cedenten halten kann. Von dem § 438 unterscheidet der § 434 sich dadurch, daß jener von Versehen des Cessionars bei Betreibung der Exekution handelt, deren Folgen als die selbstständiger Thätigkeit ihn treffen, auch wenn er bei der im § 434 gedachten Beitreibung seine Pflicht erfüllt hat, während er, wenn er in Erfüllung dieser Pflicht im Sinne dieses § 434 säumig gewesen ist, nicht blos partielle aus einzelnen anderen Versehen entstandene Verluste selbst tragen muß, sondern den Regreß an den

ObTr. 71 S. 37 (StrA. 89 S. 330) angenommen, daß die Erfüllung dieser positiven Pflichten Bedingung des Regresses und als solche vom klagenden Cessionar zu erweisen ist. Daß eine Nachsicht nicht bewilligt, § 434 h. t., hat natürlich nicht der Cessionar, sondern als Aufhebungsgrund des Regresses der Cedent die Nachsichtsbewilligung zu beweisen.

Daneben muß aber dem Cedenten der Nachweis, daß der Ausfall aus einer nach der Cession ereigneten Veränderung, § 431 h. t., oder aus Versehn des Cessionars, § 432 h. t., oder aus dem in § 433 h. t. bezeichneten Zufall erwachsen, oder daß § 438 vorliegt, offen bleiben, — konsequent aber auch dem Cessionar der Nachweis, daß trotz seiner Säumniß in Beobachtung der §§ 434, 435 die Forderung schon zur Zeit der Cession unsicher war, ein Beweis, der daraus allein aber nicht zu entnehmen, daß ein höherer Erlös nicht erzielt, der Ausfall auch eingetreten wäre, wenn die vernachlässigte Maßregel früher als geschehn oder

Cedenten überhaupt verliert. Dieses beruht auf dem ganz gerechtfertigten Grunde, daß Säumniß eine Unterlassung aller Maßregeln in rechter Zeit überhaupt enthält und mithin einzelne Versehen, die bei Handhabung sonst rechtzeitig ergriffener Maßregeln ihre spezielle Wirkung haben können, mit umfaßt und absorbirt. Auch der Implorant selbst geht davon aus, daß der § 434 an sich auch die Frage nach der Versäumniß in der Ergreifung der Exekutions-Maßregeln mit begreift, er meint nur, daß der App.-Richter diese Vorschrift ohne ausreichende thatsächliche Grundlage und ohne Beachtung der Rechtfertigung der ihm zur Last gelegten Unterlassung der Nachsuchung der Subhastation zur Anwendung gebracht und dadurch verletzt habe. Wenn nun hiernach der App.-Richter die Entscheidung an sich mit Recht in dem § 434 gesucht und wenn er dabei thatsächlich angenommen hat, daß ein Vorwurf in Verzögerung der Anstellung der Klage nicht gemacht werden könne, so kommt es lediglich darauf an, ob dasjenige, was der App.-Richter thatsächlich und unangefochten für eine Säumniß in Nachsuchung der Exekution aus dem Mandate, welches am 15. Nov. 1858 rechtskräftig wurde, angenommen hat, zur Anwendung des § 434 genügend erscheint. Das in diesem Gesetze gebrauchte Wort „sofort" hat in der Judikatur die Bedeutung eines modicum tempus gefunden, welches sich nicht nach ganz bestimmten Grenzen ermessen läßt, da solche für Anstellung der Klage nur in den Verjährungsfristen bestehen, und welches daher nur nach den Pflichten eines guten Hausvaters in jedem einzelnen Falle zu bestimmen ist. Für die Betreibung der Exekution, wenn einmal die Klage ohne Säumniß angestellt und eine rechtskräftige Entscheidung erlangt ist, läßt sich das „sofort" sicherer fixiren, weil die Schritte, welche zur Beantragung und Betreibung der Exekution gethan werden können, sogleich nach eingetretener Rechtskraft möglich sind, ihre genaue gesetzliche Bestimmung nach Art und Zeit erhalten haben und nicht, wie die Durchführung der Klagen durch Einreden jeder beliebigen Art und durch ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel, sondern nur durch Aufstellung der privilegirten, die Erfüllung des rechtskräftigen Urtels behauptenden Einreden aufgehalten werden können. Deshalb muß der Begriff des „sofort" hier strenger aufgefaßt und demgemäß eine über den Verlust des Regresses entscheidende Säumniß alsdann angenommen werden, wenn die zulässigen Maßregeln in Betreibung der Exekution nicht sogleich ergriffen worden sind, wo dieses möglich war und der Cessionar nicht seinerseits ein dem entgegenstehendes Hinderniß nachzuweisen vermag. Die Nichtbeobachtung dieser diligentia ergiebt die entscheidende Säumniß von selbst und es kommt nicht darauf an, daß dabei dem Cessionar noch ein besonderes Versehen zur Last falle, vielmehr ist in einer solchen Säumniß das über den Verlust des Regresses entscheidende Versehen schon von selbst enthalten, ohne daß es darauf ankäme, noch einen besonderen Grad des Versehens festzustellen. Danach muß es genügen, wenn ein Hergang ermittelt wird, woraus sich ergiebt, daß die Exekutions-Maßregeln nicht in der Zeit ergriffen worden sind, in welcher es zulässiger Weise und thatsächlich hätte geschehen können. Auch versteht es sich, daß diese Maßregeln solche sein müssen, von welchen ersichtlich ein Erfolg zu erwarten war, aber solche nicht genügen, von denen klar erkennbar war, daß sie einen solchen Erfolg nicht haben konnten, wie es denn z. B. einleuchtet, daß die gegen einen sonst verarmten Schuldner betriebene Mobiliar- und Personalexekution es nicht entschuldigen kann, die gleichzeitig zulässige Immobiliarexekution, von welcher Erfolg zu erwarten war, unterlassen zu haben, bis jene andere

---

überhaupt getroffen. Darauf beruht im Grunde das Erk. f. Noch weniger kann sich der Cessionar darauf allein berufen, daß nach seiner Säumniß der Cedent ihm Erklärungen abgegeben, aus denen sich ergiebt, daß der Cedent die Säumniß als solche nachgesehn. Denn durch solche Erklärung kann der verlorene Regreß nicht wiederhergestellt werden. So ObTr. 71 S. 37 (StrA. 89 S. 330), wo der Cessionar gegen § 435 h. t. nicht gekündigt hatte und auf den Einwand daraus replizirte, daß der Cedent ihm nach Ablauf der Frist erklärt, die Kündigung nütze nichts, er rathe von unnützen Kosten ab.

Zu den §§ 434, 435 ist noch zu bemerken: daß das „sofort" in § 434 ein modicum tempus bedeutet, nicht Klage gerade am Tage des oder nach dem Verfall fordert, Erk. f., ist in ObTr. 10 S. 371 ausgeführt; hier war am 1. Januar kündbar, am 8. Januar gekündigt, nach Verfall am 1. August am 14. August geklagt. Darin ist kein Verstoß gegen

Maßregeln sich auch formell erfolglos bewiesen. Von diesem Standpunkte aus sind nun die thatsächlichen Annahmen des App.-Richters, daß die von dem Cedenten des Klägers ausgebrachte Administration nach den eigenen Angaben des Klägers niemals einen Erfolg in Beitreibung der Forderung habe herbeiführen können, daß er aber die Subhastation gar nicht in Antrag gebracht, genügend, den Thatbestand des § 434 l. c. festzustellen, und es läßt sich nicht behaupten, daß er dieses Gesetz unrichtig angewendet habe, da jene Annahmen selbst nicht angegriffen sind.

Nun beruft sich der Implorant zwar darauf, daß sein Cedent nicht verpflichtet gewesen sei, die Subhastation nachzusuchen, da dieselbe von einem anderen Gläubiger in Antrag gebracht und ohne Unterbrechung zu Ende geführt sei. Und man muß auch annehmen, daß der App.-Richter diesen Hergang mit vor Augen gehabt, da er diese anderweite Subhastation, wenn auch nicht zur Constatirung einer Säumniß des Cedenten des Klägers in eigener Beantragung der Subhastation, doch in Bezug auf die Frage prüft, ob es erheblich sei, daß bei einer von dem Cedenten des Klägers ausgebrachten Subhastation ein höheres Gebot erzielt wäre oder nicht, und diese Erheblichkeit verneint. Allein die Berufung auf jene von H. ausgebrachte Subhastation erscheint auch für die Frage nach einer Säumniß des Cedenten des Klägers nicht erheblich und nicht geeignet, die Annahme einer solchen Säumniß zu beseitigen. Denn das auf die Klage des Cedenten des Klägers erlassene Mandat ist am 15. Nov. 1858 rechtskräftig geworden. Am 24. desselben Monats hat er die Administration nachgesucht, die aber, wie bemerkt, voraussichtlich ganz unwirksam war. Am 18. Jan. 1859 hat er den Erlaß des vierwöchentlichen Zahlungsbefehls unter Androhung der Subhastation nachgesucht. Die Einleitung der Subhastation selbst hat er niemals beantragt. Dieselbe ist vielmehr auf Antrag des H. durch Verfügung vom 1. Juli 1859 eingeleitet. Auch als Coextrahent hat S. sich nicht hierbei betheiligt, sondern erst nach dem Licitations-Termine am 5. März 1860 beantragt, ihn bei der Kaufgelderbelegung zuzuziehen. Da auf die vorausgesehene Erfolglosigkeit der Administration kein Gewicht gelegt werden kann, so hätte S. das Mandat bei Vermeidung der Subhastation schon am 16. Nov. 1858 und die Subhastation schon am 2. Januar 1859 nachsuchen können und sie würde spätestens Mitte Januar 1859 eingeleitet sein, während dieses auf Antrag des H. erst am 1. Juli 1859, also nach etwa sechs Monaten, geschehen ist. Selbst wenn man den Antrag auf Erlaß des vierwöchentlichen Zahlungs-Mandats am 18. Jan. 1859 für zeitig erachtet, hätte die Subhastation selbst, wie Implorant anerkennt, am 1. März 1859 nachgesucht und Mitte März eingeleitet sein können. Selbst unter dieser Voraussetzung fällt dem S. eine Säumniß von etwa vier Monaten zur Last. Dieser Vorwurf kann durch eine Berufung auf die spätere Thätigkeit des Gläubigers H. nicht beseitigt werden. *Es wäre eine solche Berufung allenfalls nur zuzulassen, wenn die Thätigkeit des H. in dieselbe Zeit fiele, in welcher S. sie hätte üben sollen, da alsdann sich behaupten ließe, daß er nichts Anderes hätte herbeiführen können, als was schon anderweit geschehen war, und daß es genügte, wenn er sich nur noch zu dem Kaufgelderbelegungs-Termine meldete, um seine Forderung zu liquidiren.* Da aber nur eine sechs, resp. vier Monat später eingetretene Thätigkeit des H. vorliegt, so läßt sich dem App.-Richter daraus, daß er eine solche Thätigkeit eines Dritten nicht dazu angethan erachtet hat, die Anwendung des § 434

---

§ 434 gefunden, indem bemerkt, daß unter dem „beitreiben" nicht einmal gerade „Klage" zu verstehn, da z. B. angezeigt sein könne, noch andere Schritte zu versuchen. Ebenso OHG. 6 S. 234. Selbstverständlich ist in § 435, daß bei Forderungen, die erst zu bestimmtem Termin kündbar, die Pflicht zur Kündigung für den Cessionar vorher nicht besteht, ObTr. 10 S. 371, und daß die Klage vom Cessionar nicht verlangt werden kann, wenn ihr eine Einrede, die der Cedent verschuldet, entgegenstehn würde. So OHG. 6 S. 234, wo die von A. an B. cedirte Kaufgelderforderung zwar im März 1866 fällig war, aber A. die vertragsmäßig *vorher* zu bewirkende Löschung einer eingetragenen Hypothek erst im Januar 1867 bewirkte, B. deshalb erst 1867 klagte. Selbstverständlich ist ferner, daß der Cessionar sofort klagen, nicht erst kündigen muß, § 435, wenn der Cedent schon gekündigt hat, StrA. 21 S. 87. In StrA. 80 S. 165 ist angenommen, daß auch ohne die im § 435 vorgeschriebene Kün-

l. c. auszuschließen, ein Vorwurf der Verletzung dieses Gesetzes nicht machen. Der Implorant legt aber der von dem Dritten bewirkten Subhastation noch in einer anderen Beziehung Gewicht bei, nämlich in der Behauptung, daß auch eine von dem S. einige Monate früher ausgebrachte und durchgeführte Subhastation kein anderes Resultat als den gänzlichen Ausfall der Forderung herbeigeführt haben würde. Hierin kann aber ein Prinzip der Entschuldigung nicht gefunden werden, auf welches bei Anwendung des § 434 Rücksicht genommen werden müßte. Es würde das dazu führen, in den Begriff der „Säumniß", welche den Verlust des Regresses zur Folge haben soll, das Erforderniß des Kausal-Zusammenhanges der Säumniß mit dem Verluste der Forderung hineinzutragen. Das erscheint aber unzulässig; denn es würde daraus umgekehrt folgen, daß, wenn die Exekutions-Maßregeln rechtzeitig betrieben worden, aber zu einer Zeit, wo andere Umstände, z. B. Kriegsunruhen, den Werth der Grundstücke vermindert und deshalb den Verlust der Forderung herbeigeführt hätten, dem Cessionar der Vorwurf gemacht werden müßte, er hätte mit seinen Exekutions-Maßregeln gerade säumen und bessere Zeiten abwarten sollen, um den Ausfall seiner Forderung zu verhindern und einen Regreß an den Cedenten zu vermeiden. Danach leuchtet ein, daß jene Behauptung des Imploranten ein zweischneidiges Prinzip aufstellt, dessen er sich nicht zu seinem Vortheil bedienen kann.

Wollte man auf Erörterungen derart eingehen, so würde man den Begriff der diligentia, von deren Vernachlässigung die Anwendung des § 434 abhängt, in den Begriff der jedesmaligen Opportunität verwandeln und dadurch jede Sicherheit thatsächlicher Grundlagen der Beurtheilung verlieren, während diese Sicherheit gleich gerechter Beurtheilung gleicher Fälle dann gegeben bleibt, wenn man, wie oben bemerkt, den Begriff der Säumniß darin setzt, daß die Exekutions-Maßregeln nicht zu der Zeit getroffen sind, zu welcher es nach der gesetzlichen Bestimmung zulässig und thatsächlich ohne Weiteres möglich war, ohne Rücksicht darauf, welchen Erfolg sie unter dem Einflusse zufälliger äußerer Umstände haben würden.

Hiernach läßt sich dem App.-Richter auch daraus, daß er die gedachte Behauptung für nicht erheblich erachtet hat, ein Vorwurf der Verletzung des § 434 nicht machen, wobei es gleichgültig ist, daß er dabei bemerkt, es liege in dieser Behauptung nicht der Einwand, daß die abgetretene Forderung schon zur Zeit der Cessionsleistung inexigibel gewesen sei, da es nicht darauf ankommt, aus welchem Grunde der App.-Richter die Behauptung für unerheblich gehalten hat, sondern nur darauf, daß sie, wenn auch aus einem anderen Gesichtspunkte, für die Ausschließung der Anwendung des § 434 objektiv wirklich unerheblich ist, indem dann diese Anwendung nicht für verletzend erachtet werden kann. Nur der Nachweis würde den Cedenten des Klägers gegen die Unterlassung der Betreibung der Exekution schützen, daß der Schuldner schon früher vergeblich exequirt gewesen sei, d. h. in casu die Subhastation schon früher, ehe er sie hätte beantragen können, durchgeführt und den Ausfall der Forderung konstatirt hätte. Alsdann läge die Analogie des Falles der im § 436 l. c. gedachten Konkurs-Eröffnung vor und diese Analogie ist in dem Präj. 639 und in dem Urtel StrA. 18 S. 39 dahin anerkannt, daß, wenn anderweit schon vollstreckte Exekutionen die Zahlungs-Unfähigkeit dargethan haben, oder zur Zeit der Cession schon der Subhastations-Vermerk eingetragen gewesen, der Cessionar berechtigt sei, ohne vorgängige Aufkündigung an den Cedenten wegen Gewährleistung zurückzugehen. Und diese Analogie läßt sich dahin weiter führen, daß in einem solchen Falle der Cessionar nicht nöthig hätte, seinerseits

---

digung, der Regreß durch den Nachweis zu erhalten, daß der deb. c. zur Zeit des durch die unterlassene Kündigung, wenn sie erfolgt wäre, bestimmten Verfalltages materiell zahlungsunfähig. Ist Kündigung bei nicht pünktlicher Zinszahlung stipulirt, so ist bei Ausbleiben einer Zinszahlung zu kündigen, StrA. 16 S. 242, und zu klagen. In OHG. 9 S. 297 ist in weiterer Beachtung der materiellen ratio des Gesetzes ausgeführt, daß die in § 435 vorgeschriebene gerichtliche Kündigung an sich allerdings erforderlich, daß aber die außergerichtliche Kündigung den Regreß nicht nehme, wenn erweislich keine Weiterungen daraus ent-

zur Sicherung seines Regresses noch Exekutions-Maßregeln zu ergreifen. Denn dann ist durch den anderweit bereits stattgehabten Gebrauch derselben von dem Gesetz angeordneten Mittel, deren sich der Cessionar auch nur bedienen könnte, die Vergeblichkeit ihrer Wiederholung schon in objektiver Weise ebenso festgestellt, wie wenn bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse der Konkurs eröffnet wird, mithin ebenfalls eine bindende gesetzliche Maßregel vorliegt. Dagegen kann einer Behauptung des Klägers, daß auch bei früherer Subhastation ein höheres Gebot nicht erzielt sein würde, eine gleiche Wirkung nicht beigelegt werden, da sie nicht nur, wie bemerkt, das Prinzip der diligentia in das der Opportunität verkehrt, sondern ein solcher Nachweis auch weit entfernt ist, die Sicherheit zu gewähren, welche sich aus anderweit bereits vollstreckten gesetzlichen Exekutions-Maßregeln ergiebt.

Gründe: g. Die Subsumtion des vorliegenden Falles unter die §§ 343, 344 I 5 ALR. unterliegt mehrfachen Bedenken. Diese §§, deren Entstehung auf die ädilitischen Klagen zurückweist, sowie die vorhergehenden Bestimmungen über Gewährsleistung, handeln von Sachen, bei denen eine Hingabe, Uebergabe, Empfangnahme stattfindet, d. h. vorzugsweise von körperlichen Sachen, welche einer Tradition fähig sind; und nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrer Fassung hat es schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, ihre Anwendung auf Rechte, welche allerdings im Allgemeinen den körperlichen, beweglichen Sachen gleichgestellt sind, zu erstrecken. Bei der Abtretung von Rechten hat auch das ALR. in den §§ 420—441 I 11 besondere Gewährleistungsregeln aufgestellt, und diese erschöpfen die Materie so vollständig, daß ein Bedürfniß, noch auf andere Bestimmungen zu rekurriren, bei der Abtretung von Rechten nicht vorliegt. Der Gesetzgeber ist sich bewußt gewesen, für dieses letztere Rechtsverhältniß etwas Besonderes, in sich Abgeschlossenes festgesetzt zu haben; in den §§ 97, 98 I 17 werden die Vorschriften über Gewährsleistung bei Cessionen denen bei Kaufverträgen, dem Hauptfalle der Hingabe einer körperlichen Sache, gegenübergestellt, und hierdurch werden beide Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Gewährsleistung als in einem vollständigen Gegensatze stehend bezeichnet. Endlich wird bei der Lehre vom Kaufe im § 198 I 11 ausdrücklich auf die Vorschriften der §§ 319 ff. I 5 hingewiesen, während dies im Abschnitt 3 I 11, in der Lehre von der Abtretung der Rechte, nicht der Fall ist, und dies letztere Rechtsgebiet scheint somit jenem Allegate nicht haben unterworfen sein sollen. Alle diese Gründe sprechen dafür, daß die allgemeinen Vorschriften über Gewährsleistung in den §§ 319—345 I 5 bei Cessionen nicht zur Anwendung kommen können.

Jedenfalls stellen die §§ 343—345 cit. für ihre Anwendung besondere faktische Voraussetzungen auf; sie haben ein enger abgegrenztes Geltungsgebiet, welches mit demjenigen der von § 319 ab vorausgehenden Bestimmungen nicht zusammenfällt; es ist dies wiederholt in Erkenntnissen des höchsten Gerichtshofes ausgeführt worden, ObTr. 15 S. 1, 55 S. 19.*) Es kann daher die Frage über die Anwendbarkeit der §§ 319—342 I 5 bei Cessionen auf sich beruhen. Die Beurtheilung der vorliegenden Sache allein aus den §§ 343 bis 345 genügt, um ein entscheidendes Resultat herbeizuführen. Nicht eine jede Gewährsleistung betrifft die Vertretung von Fehlern der hingegebenen Sache; sie kann auch für andere mit der Beschaffenheit, der Existenz, der inneren Natur und rechtlichen Bedeutung der Sache in keinem Zusammenhange stehende, davon unabhängige und in Bezug auf die Sache zufällige Nachtheile stipulirt werden, und wenn Implorat eine Vertretung hinsichtlich der cedirten Forderung übernommen hat, so folgt hieraus nicht ohne Weiteres, daß er für einen Fehler der

*) Erk. a. u. b. Nr. 117, Bd. 1 S. 523.

standen, da dem Cessionar so wenig die Kündigungs- wie die Mandatsklage (Urkundenprozeß) als unerläßlich vorgeschrieben.

Ob die Exekution gehörig verfolgt, wird nur konkret zu beurtheilen sein, StrA. 1 S. 182 (Warten mit dem Antrage auf Subhastation über 2 Monate), StrA. 16 S. 242 (Unterlassen der Sequestration keine Nachlässigkeit neben dem Antrage auf Subh.), StrA. 18 S. 39 (zur Zeit der Cession war bereits der Subhastationsvermerk eingetragen). In StrA. 78 S. 10 war am 1. April 1866 eine Zinsrate nicht gezahlt und es hätte vertragsmäßig gekündigt

Forderung einzustehen sich verpflichtet hat. Die §§ 343, 344 I 5 charakterisiren auch in bestimmten Ausdrücken die Fehler, für deren Geltendmachung sie eine Frist festsetzen, und es interessirt hier nur die Untersuchung, ob der Gegenstand der vom Imploraten übernommenen Gewährsleistung unter den Begriff eines der in diesen §§ bezeichneten Fehler fällt. Daß dies der Fall sei, kann nicht schon dadurch für erwiesen gelten, daß gesagt wird, der Gegenstand der Vertretung sei als Sicherheitsfehler aufzufassen; und diese Argumentation ist um so weniger annehmbar und überzeugend, als nicht einmal andeutungsweise eine Aufklärung darüber gegeben wird, ob der sogenannte Sicherheitsfehler unter die Mängel des § 343 oder die des § 344 zu begreifen sei. Der § 343 handelt von natürlichen, die Sache selbst betreffenden Fehlern, den sog. physischen Mängeln, und versteht unter „Sache" den Gegenstand der vertragsmäßigen Leistung, welchen der Empfänger von dem anderen Kontrahenten übernommen hat. Durch den zwischen den Parteien geschlossenen Cessionsvertrag ist eine Forderung, speciell eine Hypothekenforderung, hingegeben, und dieses Forderungsrecht ist die Sache, an der ein natürlicher Fehler vorhanden sein muß, um die Anwendung des § 343 zu begründen. Zwar ist die Hypothek ein Recht auf das verpfändete Grundstück, ein dingliches Recht, §§ 126, 127 I 2, aber nicht das Grundstück selbst, sondern nur ein dingliches Recht auf dasselbe ist durch die Cession hingegeben, und nicht auf Beschaffenheit, Eigenschaften oder Mängel des Grundstückes kann es hier ankommen; ein Mangel des Grundstückes haftet an einem anderen Gegenstande als ein Mangel des cedirten Rechtes, ist also mit letzterem nicht identisch, und die Mangelhaftigkeit des hingegebenen Rechtes bedarf für sich einer besonderen Feststellung, abgesehen von einem etwa nachweisbaren Mangel des Grundstückes. Die Bedeutung, welche die gewährleistete Sicherheit bezüglich des verpfändeten Grundstückes haben mag, ist also hier gleichgültig, und die zu vertretende Sicherheit kommt nur in ihrer Beziehung zu dem cedirten Rechte in Betracht. Die Gewähr für Sicherheit enthält die Haftung für den Fall der Nichtzahlung der cedirten Forderung; sie betrifft die Nichtrealisation der Forderung, und soll den Cessionar für die Nachtheile sicherstellen, welche ihm entstehen, wenn er seine Befriedigung nicht durch den eigentlichen Schuldner, oder aus dem verpfändeten Grundstücke erhält. Sie tritt also in Kraft, wenn die Erfüllung des obligatorischen Rechtes ausbleibt. Die Erfüllung eines Forderungsrechtes hat aber keine solche Beziehung zu dessen Existenz, Inhalt und Beschaffenheit, daß diese von der Erfüllung oder Nichterfüllung der Forderung abhängig sind und hiervon ein Rückschluß auf sie gezogen werden kann. Und wenn überhaupt bei Rechten von natürlichen Mängeln die Rede sein darf, so kann am wenigsten die Nichterfüllung, die Nichtzahlung einer Geldforderung für einen natürlichen, das Recht selbst betreffenden Fehler erachtet werden. Das Recht, die Forderung bleibt durch die Nichtzahlung in seinem ganzen Inhalte und in seiner Beschaffenheit unberührt, und wenn im vorliegenden Falle das Hypothekenrecht in Folge der Subhastation des verpfändeten Grundstücks untergegangen ist, so liegt in diesem Umstande nicht der Fall, für welchen der Implorat die Gewährsleistung übernommen hat; sondern es ist eine Wirkung des Gesetzes, welche der Implorant sich gefallen lassen muß, ohne daraus einen Gewährsanspruch ableiten zu können, und welche ebenfalls eingetreten wäre, auch wenn Implorant seine volle Befriedigung aus den Kaufgeldern erhalten hätte. Der ihn allein benachtheiligende und allein seinen Gewährsanspruch begründende Umstand ist die Unzulänglichkeit der Kaufgelder bei der Subhastation, und diese ist eine äußere, zufällige Thatsache, welche auf die Validität, den Umfang und die Beschaffenheit des Hypothekenrechtes keinen Einfluß ausübt. Die Unzulänglichkeit der Kaufgelder, der dadurch theilweise bewirkte Ausfall der Hypothek lassen also die An=

---

werden können. Die Kündigung unterblieb, aber im Oktober 1866 wurde von anderer Seite Subh. ausgebracht. In diesem Fall ist der Regreß trotzdem zugelassen, weil, auch wenn die Kündigung erfolgt, die Subh. früher als Oktober nicht hätte bewerkstelligt werden können.

Ueber die Aufhebung des Gewährsanspr. durch Verjährung spricht das die Anwendung der §§ 344, 345 I 5 ablehnende Erk. g. Vgl. dazu Förster (Eccius) 1 § 99_{152}. Für das ObTr. spricht außer seinen Gründen der bei der Cession wesentlich andere Inhalt des Gewährsanspruchs (Haftung für Befriedigung durch den deb. c. — Haftung für Eigenschaft der Sache).

nahme eines natürlichen, das Hypothekenrecht selbst betreffenden Fehlers nicht zu. Im § 344 beziehen sich die zu vertretenden Mängel auf äußere Eigenschaften, Befugnisse und Lasten der hingegebenen Sache; und daß ein derartiger Mangel nicht in dem theilweisen Ausfalle einer Hypothekenforderung bei der Kaufgelderbelegung gefunden werden kann, ist selbstverständlich und bedarf keiner näheren Ausführung. Die volle Belegung einer Hypothek mit den Kaufgeldern ist eine Thatsache für sich, mit dem Zwecke, das Recht des Hypothekengläubigers durch Zahlung zu tilgen, und die Thatsache der Tilgung und Aufhebung eines Rechtes kann nicht eine äußere Eigenschaft dieses Rechtes ausmachen. Die äußeren Eigenschaften, von denen der § 344 handelt, fallen bekanntlich unter einen ganz anderen, hier nicht zu erörternden Gesichtspunkt. Der Mangel einer Befugniß und die Behaftung mit einer Last sind hier außer aller Frage. Auch ein Mangel im Sinne des § 344 liegt also nicht vor.

Hiernach treffen die §§ 343—345 l. c. auf den Anspruch des Imploranten nicht zu.

Nr. 213. §§ 395—397, 407—412, 413 ff.; I 16 §§ 313 ff. Cession. Wirkung. Verhältniß zwischen Cessionar u. debitor cessus. Einreden der Zahlung, Kompensation u. Simulation. Anerkenntniß des Cessionars als Gläubigers.*)

a. Erk. v. 7. Febr. 1861; ObTr. 46 S. 86.
b. Erk. v. 16. Juli 1860; ObTr. 43 S. 106 (StrA. 37 S. 360).
c. PlPräj. 1945 v. 6. Dez. 1847; ObTr. 16 S. 31.
d. Präj. 2074 v. 6. Dez. 1848; ObTr. 17 S. 164.

Im Falle a. hatte A. eine ihm gegen J. u. M. v. Pr. zustehende Darlehnsforderung 1843 an M., dieser sie 1844 an H. und dieser sie 1847 an den Kläger cedirt, der sie gegen die Erben des M. v. Pr. einklagte. Dieselben wendeten ein, dass der H. als Bevollmächtigter des Mitschuldners J. v. Pr. die Schuld an den Cessionar M. bezahlt, dann aber sich widerrechtlich habe statt Quittung Cession ertheilen lassen und an den Kläger cedirt habe. In 2. u. 3. Instanz ist im Falle der Feststellung, dass H. mit dem Gelde des J. v. Pr. in dessen Auftrage an M. gezahlt, die Klage abgewiesen. — Im Falle b. waren dem A. im Testamente des B. 200, zahlbar am 5. Juni 1858, legirt. Als sein Cessionar die 200 gegen den Erben, dem die Cession im Nov. 1857 bekannt, einklagte, kompensirte der Erbe mit einer Darlehnsforderung des Erblassers gegen A. von 300 unter der Behauptung, dass dieselbe im Herbste 1857 zur Rückzahlung gekündigt. Der 2. Richter wies die compens. ab, weil die Darlehnsforderung zur Zeit der bekannt gemachten Cession noch nicht fällig gewesen. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. wurde gegen den Fiskus ein Stiftungskapital eingeklagt, dessen Gläubiger der Kläger auf Grund mehrfacher Cessionen war, welche der den Fiskus vertretenden Regierung zur Umschreibung der Forderung auf den Namen der Cessionare eingereicht, und auf deren Vorlegung die Umschreibung auf der Originalobligation auch erfolgt war. Als der Fiskus Einreden aus der Legitimation der Vorcessionare erhob, wurde streitig, ob das Anerkenntniss im Sinne § 412 h. t. einen zweiseitigen Vertrag voraussetze oder ob dazu die einseitige Erklärung des Schuldners gegenüber dem Cessionar genüge. Das Plenum hat Letzteres angenommen, die Entscheidung der Frage aber, ob zu solcher einseitigen Erklärung der Vermerk

---

*) Vgl. Windscheid 1 § 329, 331, 332, 333, 334; Dernburg 2 § 85; Förster (Eccius) 1 § 99 unt. IVb., § 94 (EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 38). — Aus §§ 402,

des Schuldners, dass die Forderung auf den Namen des neuen Gläubigers umgeschrieben sei, genüge, abgelehnt, weil dies keine Rechts-, sondern eine thatsächliche Frage. — Im Falle d. hatte der Schuldner den klagenden Cessionar schriftlich als seinen Gläubiger anerkannt, setzte aber der Klage auf Zahlung entgegen, dass die Cession simulirt, und erhob mehrere Einreden gegen die Forderung selbst, zu deren Abschneidung die simulirte Cession erfolgt sein sollte. Der Einwand der Simulation ist in 2. u. 3. Instanz zugelassen.

Gründe: a. Mit Recht hat der zweite Richter den von den Verklagten erhobenen Einwand der Zahlung als einen solchen aufgefaßt, und es bedarf nur einer Erörterung darüber, ob dieser im vorliegenden Falle überhaupt zulässig. Der erste Cessionar der ursprünglichen Gläubiger war unzweifelhaft berechtigt, die Zahlung der streitigen Forderung anzunehmen. Diese Zahlung war auch in der That eine wirksame für die jetzigen Verklagten, wenn auch nicht sie selbst, oder ihr im Vorprozeß verurtheilter Erblasser, sondern dessen mitverurtheilter Mitschuldner J. v. Pr. die Zahlung leistete, da dieser dadurch nicht nur sich, sondern auch den Mitschuldner dem Gläubiger gegenüber von der Schuld befreite. Es ist auch gleichgültig, ob J. v. Pr. selbst die Zahlung leistete, oder ob dieses durch seinen Bevollmächtigten H. mit den Mitteln des J. v. Pr. geschah, da der v. Pr. bei diesem Rechtsakte dann durch den H. repräsentirt wurde.

Es leuchtet ein, daß H. selbst sich diese Zahlung entgegensetzen lassen muß, wenn er sein Mandat, Zahlung zu leisten, dazu benutzte, sich anstatt einer Quittung eine Cession ertheilen zu lassen, um auf Grund derselben, von den Schuldnern, oder gar von dem Mitschuldner, der ihm das Geld zur Tilgung der Schuld gegeben, und womit er die Tilgung auch bewirkt hatte, aufzutreten, und Zahlung für sich zu fordern. Denn er war nur berechtigt, seine als Mandatar gemachten Auslagen erstattet zu verlangen, solche hatte er aber nicht geleistet, da ihm das Geld von J. v. Pr. behändigt war. Als Cessionar konnte er aber nicht auftreten, da er wußte, daß er selbst die Forderung eben getilgt hatte, ihm also eine solche nicht mehr abgetreten werden konnte.

Ebenso mußte der Cessionar des H., der jetzige Kläger gegen sich jene Zahlung gelten lassen, wenn er das wahre Sachverhältniß gekannt und also gewußt hatte, daß sein Auktor H. nur Mandatar des J. v. Pr. und nicht Cessionar des M. gewesen war,

---

407 ff. h. t. folgt der bereits unt. Nr. 212 a. E. erwähnte Satz, daß die cedirte Forderung wie mit ihren Vorzügen, so auch *mit ihren Mängeln* auf den Cessionar übergeht, der nicht mehr Rechte erhalten kann, als sein Cedent hatte. Das cedirte Recht wird durch die Cession eben kein anderes. (Ueber die Cession von *Illatenforderungen* und den Einfluß der Cession in diesem Falle auf die Natur der Forderung vgl. bei II 1 §§ 231 ff.) Daß daraus und aus §§ 402, 408 nicht folgt, daß bei Cession aus zweiseitigen Verträgen der deb. c. die obligator. Rechte klagend *gegen den Cessionar* geltend machen kann, ist bereits unt. Nr. 211a. angedeutet. In ObTr. 22 S. 25 ist zwar angenommen, daß der deb. c., wenn er auch kein Exekutionsrecht aus dem vom Cessionar gegen ihn erstrittenen Judikat auf die cedirte Leistung gegen die vertragsmäßige Gegenleistung auf letztere habe, doch in Folge des Judikats den Cessionar auf die Gegenleistung in Anspruch nehmen könne; dies ist aber offenbar unbegründet und widerspricht auch direkt dem Satz des PlPräj. Erk. b. Nr. 211a., daß bei Cession aus zweiseitigen Vertr. die Verpflichtung zur vertragsmäßigen Gegenleistung *bei dem Cedenten* bleibt, der Cessionar nur diesem gegenüber die persönl. Verpflichtung zur Erfüllung hat. Selbstverständlich und unstreitig ist aber, daß die Leistung ohne Gegenleistung auch der Cessionar so wenig wie der Cedent fordern kann. Der Satz, daß die cedirte Forderung mit ihren Mängeln übergeht, bedeutet, daß sie mit allen Einreden behaftet übergeht, welche die Entstehung, Veränderung, Aufhebung des cedirten Rechts betreffen, mögen sie aus dem Rechtsverhältniß selbst originiren oder außerhalb desselben entstanden sein. Alle diese Einreden qualifiziren das Recht, ähnlich wie die Vorzüge, Vorrechte, womit im Zusammenhang steht, daß bei der s. g. nothw. Cession, § 46 I 16, der Einwand der Verjährung z. B. nicht geändert wird. Vgl. unt. Nr. 180, Bd. 1 S. 1012, 1013. Für sie kommt es deshalb, — abweichend von der Einrede der compens., welche das Recht selbst nicht betrifft, § 316 I 16, — darauf nicht an, ob sie bereits gegen den Cedenten bestanden oder gegen

wie sie in zweiter Instanz behaupten, nach welcher Richtung hin auch der Einwand der Simulation der Cession erheblich sein würde, da sie dann dazu dienen sollte, den Verklagten ihren Einwand abzuschneiden.

Es muß der Einwand der Zahlung an den ersten Cessionar dem dritten jetzt klagenden Cessionar gegenüber für zulässig auch alsdann erachtet werden, wenn ihm das wahre Sachverhältniß unbekannt war. Daß dieser Zulässigkeit des Einwandes die §§ 313 bis 316 I 16 ALR., wonach Kompensation gegen einen Zwischeninhaber ausgeschlossen ist, nicht entgegenstehen, ergiebt sich aus der Verschiedenheit der Kompensation und der Zahlung. Die Kompensation bewirkt zwar Tilgung der Schuld im Erfolge, wie die Zahlung. Sie wirkt aber nur vermöge eines zweiten, der Schuld gegenüberstehenden Obligations-Verhältnisses, also nur für die Person, welche in diesem Verhältnisse Gläubiger ist, mithin nur durch Geltendmachung desselben, nur ope exceptionis. Die Zahlung aber hebt die Schuld ohne ein zweites Obligations-Verhältniß objektiv auf, mag sie erfolgen durch den Schuldner oder einen Dritten.

Die Frage ist also rein die, ob der Kläger die eigentliche, dem ersten Cessionar geleistete Zahlung sich entgegensetzen lassen muß, und diese Frage ist zu bejahen.

Denn es ist Grundsatz, daß der Schuldner einer cedirten Post alle Einwendungen, die ihm gegen den Cedenten zustehen, auch dem Cessionar entgegensetzen kann, und daß seine Verpflichtung durch die Cession überhaupt niemals erschwert werden darf. §§ 407, 408, 413 I 11. Hiergegen können die Vorschriften der §§ 395—397 l. c. nicht für durchgreifend erachtet werden. Zwischen den §§ 395—398 über die Legitimation des Cessionars durch das Schuld-Instrument und die Cessions-Urkunde, sowie darüber, daß der Schuldner, der ohne die Führung dieser Legitimation Zahlung leistet, dieselbe einem dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht entgegensetzen kann einerseits, und den §§ 407, 408, 413, wonach dem Schuldner alle Einwendungen auch gegen den Cessionar zustehen, seine Verpflichtung überhaupt nicht erschwert werden darf und alle Verhandlungen zwischen ihm und dem Cedenten vor bekannt gemachter Cession gültig sind, andererseits, sind Widersprüche gefunden und man hat verschiedene Versuche gemacht, sie zu lösen.

Nach den Materialien ist der § 397 ein Ueberrest der Annahme, daß zwischen Forderung und Schuldschein immer eine Verbindung bestehe, wie sie für Hypotheken-Instrumente gedacht ist, aber bei einfachen Schuldverschreibungen nicht existirt

---

einen Zwischencessionar entstanden sind. Vgl. RG. 4 S. 330 u. OHG. 11 S. 250, 255 (Bd. 2 S. 4 unt. Nr. 191). Ueber die Bedeutung, welche die Notifikation der Cession auch in dieser Beziehung insofern hat, als bis dahin der Cedent als Gläubiger und Verfügungsberechtigter gilt, vgl. unt. Nr. 212. Die praktische Bedeutung des Satzes zeigt sich in zahlreichen Beispielen. Der Cessionar des Käufers kann die Erfüllung des Kaufvertrages nicht fordern, wenn sein Cedent das Kaufgeld nicht bei der Uebergabe gezahlt hat und der deb. c. deshalb unter Berufung auf § 230 h. t. zurücktritt, StrA. 6 S. 174, 178. In StrA. 30 S. 212 hatte A. sich durch Schlußschein verpflichtet, an B. in bestimmter Frist Roggen zu liefern, B. in blanco an C. cedirt, A. nicht geliefert. Als C. auf die Differenz klagte, drang A. mit dem Einwande durch, daß er dem B. in der Frist offerirt, B. aber abgelehnt, weil ihm der Inhaber des Schlußscheins unbekannt, der sich bei A. nicht gemeldet. Der 2. Richter hatte verurtheilt, weil A. habe deponiren müssen, was nach §§ 23, 24 I 16 unrichtig war. Vor Bekanntmachung hatte A. nur mit B. zu thun, seine Offerte an B. setzte diesen in moram accip. Aehnlich StrA. 34 S. 266, wo A. an B. lieferbar im April oder Mai nach Wahl und Aufkündigung verkauft, B. an C., C. an D. cedirt, D. ohne sich zu legitimiren gekündigt, A. nicht geliefert hatte. Die Klage des D. auf die Differenz ist abgewiesen, weil A. zur Erfüllung an den nicht legitimirten D. nicht verpflichtet, B. sich nicht gemeldet, A. durch die mora des B. befreit war, §§ 395 ff., 407, 408, 413. Dem Cessionar steht wie dem Cedenten der Einwand nicht erhaltener Valuta entgegen, StrA. 55 S. 1 (vgl. StrA. 55 S. 65 zu I 14 §§ 210 ff.). In StrA. 83 S. 281 hatte A. an B. cedirt und den Anspruch auf die Cessionsvaluta dem C. abgetreten. Vor bekannt gemachter Cession hatte B. gegen A. ein Judikat erstritten, daß A. keinen Anspruch auf die Valuta habe. Auf Grund dieses Judikats ist die Klage des C. gegen B. abgewiesen, nicht wegen res jud., sondern aus §§ 408, 413 h. t., da auch prozessuale Verhandlungen Verhandlungen im Sinne § 413 h. t. In ObTr. 51

(Ges.-Rev. Pensum XIV S. 75—79). Es ist aber ein eigentlicher Widerspruch nicht anzunehmen. Die §§ 395—397 verpflichten den Schuldner zu den darin gedachten Vorsichtsmaßregeln und deshalb darauf zu halten, daß der Cessionar, der Zahlung von ihm verlangt, sich durch das Schulddokument und die Cessions-Urkunde legitimire, und er soll, wenn er dieses verabsäumt, sich einem dritten redlichen Cessionar gegenüber mit der Zahlung nicht schützen können. Wenn aber der Schuldner das Recht hat, eine solche Legitimation des Cessionars zu verlangen, so muß natürlich der Cessionar verpflichtet sein, solche Legitimation zu führen. Er muß sich also Schulddokument und Cessions-Urkunde von dem Cedenten aushändigen lassen. Daraus folgt, daß unter dem im § 397 gedachten dritten Inhaber der Forderung nicht jeder Dritte, der später einmal nach geleisteter Zahlung Cessionar wird, sondern nur ein solcher Dritter verstanden werden kann, der es schon zur Zeit der Zahlung war. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist er, oder ist sein Cedent, im Stande, dem Schuldner die Cession gehörig bekannt zu machen, § 414 ff. Vor gehöriger Bekanntmachung der Cession sind aber nach § 413 alle Verhandlungen zwischen Cedenten und Schuldner gültig, mithin auch Zahlungen, die vor jener Bekanntmachung dem Cedenten geleistet sind. Die hier behauptete Zahlung soll nun schon zur Zeit der Cession des M. an H. v. 17. Okt. 1844 (die eben anstatt einer Quittung nur mißbräuchlich ausgestellt worden) an den M. geleistet sein. Der jetzige Kläger hat aber die Forderung erst durch die spätere Cession v. 20. August 1847 erworben. Zur Zeit der Zahlung konnte also den Schuldnern diese Cession gar nicht bekannt gemacht werden, der Kläger konnte sich gar nicht legitimiren und die Zahlung konnte an den M. nach § 413 mit Wirkung erfolgen. Er kann sich auch jetzt noch nicht legitimiren, wie die §§ 395, 415 erfordern. Denn die Cessionen sind nur auf Grund der im Vorprozesse ergangenen Erkenntnisse ertheilt. Diese Erkenntnisse sind nicht, wie jene Gesetze verlangen, mit den Cessions-Vermerken überschrieben, und das eigentliche documentum ex quo, der Schuldschein v. 24. Juni 1802, befindet sich noch jetzt in den Vorprozeß-Akten, in welchen die Erben des ursprünglichen Gläubigers klagten.

Es leuchtet ein, daß dem Kläger nicht etwa jetzt noch, da schon vor der Cession an ihn die Schuld bezahlt sein soll, der Schuldschein ausgehändigt, mit der Cession überschrieben und verbunden werden kann, um ihn hinterher als den redlichen dritten

---

S. 395, 404 hatte A. an B. verkauft, auf Aufhebung des Vertrages ev. Zahlung des Kaufgeldes geklagt, B. war zur Zahlung verurtheilt, A. hatte an C. cedirt. In der Exekutionsinstanz machte B. gegen C. geltend, daß er nach dem Kaufvertrage von 1858 nur 2000 Hyp. übernommen, inzwischen aber zur Zahlung von noch 381 auf Klage des Hypothekengläubigers verurtheilt. Deshalb wollte er das eingeklagte Kaufgeld deponiren. Er ist damit gegen C. durchgedrungen, weil der Anspruch auf Deposition aus § 222 h. t. aus dem Kaufvertr. und der Gewährleistung originire, schon vor bekanntgemachter Cession bestanden, deshalb auch gegen den Cessionar gehe. Vgl. diese und die ähnlichen Entsch. StrA. 89 S. 361; ObTr. 20 S. 190 weiter unten bei der Einrede der comp. In RG. 4 S. 330 hatte A. an B., B. an C. cedirt und C. klagte gegen den deb. c. D., der einwendete, daß B. ihm zur Vertretung der Forderung verpflichtet. Der Einwand ist zugelassen, weil Einreden, welche die Forderung selbst als nur scheinbar bestehend oder unwirksam darstellen, die Forderung selbst mangelhaft machen und die Forderung nur mit diesem Mangel übertragbar ist, auch wenn er erst entstanden, als die Forderung sich in den Händen eines Zwischencessionars befand. Vgl. auch StrA. 54 S. 88 unt. Nr. 99, Bd. 1 S. 431, wo ein ferneres Beispiel für §§ 407, 408 h. t. u. unt. Nr. 212 a. E.

Die Bekanntmachung der Cession ist für die Geltendmachung von Einreden, welche aus dem ursprüngl. Rechtsverhältniß hervorgehn, gleichgültig, erheblich nur für Einreden, welche auf einer Veränderung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses durch ein Rechtsgeschäft mit dem Cedenten oder seinem Successor beruhen. Auf solche Rechtsgeschäfte kann sich der deb. c. gegen den Cessionar nur berufen, wenn er sie mit dem wirklichen Gläubiger, vgl. OHG. 2 S. 306 unt. Nr. 212 (gefälschte Cession) oder demjenigen geschlossen, den er, weil die Cession nicht bekannt gemacht, dafür ansehn durfte. Alles das gilt namentlich für das Rechtsgeschäft der Zahlung. Für dasselbe ist im Erk. a. die allein richtige, den anscheinenden Widerspruch

Inhaber zu legitimiren, dessen der § 397 gedenkt. Es ist vielmehr eine Aushändigung auch an die Schuldner nur möglich, wenn sie erst noch Zahlung zu leisten haben. Die hier entwickelte Ansicht von der Bedeutung des § 407 I 11 ist auch schon in dem PlBeschl. v. 19. März 1855, ObTr. 30 S. 21 zur Geltung gebracht.*)

Gründe b. Die Ansicht des App.=Richters, daß der Schuldner einer cedirten Forderung dem Inhaber der letzteren nur solche Forderungen an den Cedenten zur Kompensation zu bringen befugt sei, welche zur Zeit der bekannt gemachten Cession bereits fällig gewesen, findet in den Gesetzen keine Unterstützung. Der in § 313 I 16 ALR. gebrauchte Ausdruck „zu fordern haben" hat keinen anderen Sinn als den „eine Forderung haben", womit noch nicht gesagt ist, daß sie auch eine fällige sein müsse. Dies unterstützt auch die Fassung des § 349 I 16, wo es heißt: Auch das, was Jemand zu einem gewissen Zwecke zu fordern hat, kann er, sobald die Zahlung fällig ist, gegen seine fälligen Schulden berechnen. Sollte hier der Ausdruck: „zu fordern haben" gleichbedeutend mit „einer bereits fälligen Forderung" erachtet werden, so würde der Ausdruck: „sobald die Zahlung fällig ist" ganz überflüssig sein. Dieser Zusatz bezeichnet daher nur die Voraussetzung, unter welcher, bei an sich kompensationsfähigen Forderungen die Kompensation wirklich durchgesetzt werden kann, nämlich, daß die beiderseitigen Forderungen dergestalt fällig sind, daß das Recht des Einen Zahlung zu fordern durch das gleichartige Recht des Inhabers der Gegenforderung aufgehoben wird. Daß aber bei cedirten Forderungen die Fälligkeit der den Cessionar entgegenzusetzenden Kompensationsforderung allemal schon zur Zeit der Bekanntmachung der Cession an den Schuldner bereits eingetreten sein müsse, wenn Kompensation Platz greifen solle, ist nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, vielmehr ergiebt sich das Gegentheil bei näherer Prüfung der betreffenden gesetzlichen Vorschriften.

Die Cession ist für den Schuldner ein Rechtsgeschäft unter Dritten, seine Rechte können daher durch dieselbe nicht geschmälert werden, § 408 I 11, und er darf deshalb alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen konnte,

---

*) Vgl. zu I 20 § 38 EigenthGes.

---

zwischen den §§ 395—397 u. 413 h. t. hebende Konsequenz gezogen, daß der dritte redl. Inhaber im § 397 der wirkliche Gläubiger zur Zeit der Zahlung an den Nichtgläubiger, nicht ein späterer Cessionar nach der Zahlung an den wirklichen Gläubiger. Danach wirkt die an den Cedenten vor bekannt gemachter Cession geleistete Zahlung gegen jeden Cessionar, die Zahlung an einen Zwischencessionar nur dann, wenn die weitere Cession nicht bekannt gemacht und §§ 395, 396 beobachtet. Zu beachten ist aber auch dabei, daß die §§ 395 ff. nur für Kapital=, nicht für Zinszahlungen gelten, StrA. 87 S. 318; ObTr. 73 S. 233; § 39 EigenthGes. Daß alles dies auch für den Fall blos mündl. Cession gilt, darüber vgl. weiter unten a. E.

Von besonderer Bedeutung ist der Einwand der Kompensation, Erk. b. Auf den Untersch. derselben von der Zahlung, obgleich sie derselben im Erfolg gleichsteht, ist bereits im Erk. a. aufmerksam gemacht. Die Existenz einer Gegenforderung aus einem anderen oblig. Verhältniß hat an sich mit dem Rechtsverhältniß, aus welchem die cedirte Forderung entstanden, nichts zu thun, begründet keinen Mangel der cedirten Forderung, keine Einrede aus dem Rechtsverhältniß, gewährt nur die Befugniß der Anrechnung. Darauf beruht §§ 313, 315, 316 I 16, wonach, anders als bei Einreden aus dem Rechtsverhältniß, auf welchem die cedirte Forderung beruht, Gegenforderungen nur geltend zu machen, wenn sie vor bekannt gemachter Cession gegen den Cedenten oder vor= oder nachher gegen den Cessionar erwachsen, nicht solche, die gegen den Zwischencessionar zustanden, wenn nicht der Fall des § 412 h. t. vorliegt, RG. 4 S. 330. Konsequent ist deshalb aber auch die comp. von Gegenforderungen aus dem Rechtsgeschäft des Cedenten mit dem deb. c. anders behandelt als die comp. anderer Forderungen gegen den Cedenten. Für letztere ist nach § 313 I 16 erste Bedingung, daß sie bestanden, d. h. ihrem Grunde nach vorhanden vor bekannt gemachter Cession. Die Eingehung eines Rechtsverhältnisses mit dem Cedenten nach bekannt gemachter

auch dem Cessionar entgegenstellen, § 407 I 11. Wollte man nun unbeschränkt annehmen, daß der Schuldner nur solche gegen den Cedenten ihm zustehenden Forderungen dem Cessionar entgegensetzen und auf die cedirte Forderung abrechnen dürfe, welche zur Zeit der bekannt gemachten Cession schon fällig gewesen wären, so würde darin eine offenbare Schmälerung seiner Rechte gefunden werden müssen. Denn, sobald ihm zur Zeit der Cession Forderungen an seinen Gläubiger zustanden, hatte er unbezweifelt das Recht, sie nach eingetretener Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen dem gegen ihn klagenden Gläubiger entgegenzusetzen. Dies Recht würde er aber verlieren, wenn dem Gläubiger freistehen sollte, durch eine vor eingetretener Fälligkeit vorgenommene Cession seiner Forderung und gleichzeitiger Bekanntmachung derselben an seinen Schuldner, diesen des Rechts der Kompensation zu berauben, und es würde dadurch gegen die klarsten Grundsätze von der Kompensation verstoßen werden. Man nehme z. B. an: es bestehen zwischen zwei Personen gegenseitige gleichartige und an dem nämlichen Tage fällige Forderungen, so daß also alle Erfordernisse einer durchzusetzenden Kompensation vorhanden wären. Wollte man hier die von dem App.-Richter aufgestellte Ansicht Platz greifen lassen, so würde dennoch die Kompensation nicht eintreten, wenn der eine Gläubiger seine Forderung vor eingetretener Fälligkeit cedirt hätte, und sein Schuldner, der bis dahin eine etwaige Klage seines Gläubigers ruhig abwarten konnte, weil jedenfalls seine Gegenforderung solche erledigte, würde sich bei einer von dem Cessionar angestellten Klage in die Nothwendigkeit versetzt sehen, diesem Zahlung leisten zu müssen, weil die Cession vor eingetretenem Fälligkeits-Termine geschehen und ihm bekannt gemacht worden war. Daß dahin nicht die Absicht des Gesetzgebers gegangen sein kann, ergeben auch die ferneren gesetzlichen Vorschriften. Aus dem Wortlaute des § 343 I 16 ergiebt sich unzweifelhaft, daß, wenn beide Forderungen fällig sind, Kompensation gefordert werden kann, während aus der Verbindung der §§ 342 und 343 I 16 folgt, daß die Forderung dessen, der sich mit Erfolg auf Kompensation berufen will, vor oder zugleich mit der Gegenforderung zahlbar sein muß, weil anderen Falls der Gläubiger der Forderung, mit deren Fälligkeit für ihn ein Recht auf sofortige Befriedigung erworben ist, eben dieses Recht und damit die Nutzungen des zu Leistenden für die Zwischenzeit verlieren würde, wenn er sich die Kompensation mit einer erst später fälligen Forderung gefallen lassen müßte. Wenn aber der § 352 bestimmt: Zwischen Forderungen, die zu verschiedenen

---

Cession steht dem Verhandeln mit demselben im Sinne § 413 h. t. gleich u. aus solchem Rechtsverhältniß kann daher eine Gegenforderung nicht gegen den Cessionar geltend gemacht werden. Der Erwerb einer Forderung gegen den Cedenten durch Cession seitens des deb. c. ist dagegen allein kein Verhandeln mit dem Cedenten und solch Erwerb vor gehörig bekannt gemachter Cession auch bei Wissen derselben daher nicht wirkungslos, StrA. 52 S. 70. Der Bekanntmachung steht auch hier das dolose Wissen gleich und wenn der Cessionar ohne die vorgeschriebene Legitimation notifizirt, so muß das Leugnen des Cedenten hinzukommen, um den deb. c. zur comp. späterer Gegenforderungen zu berechtigen, StrA. 50 S. 86; ObTr. 36 S. 83 (StrA. 22 S. 303) unt. Nr. 212; StrA. 22 S. 303.

Als zweite Bedingung für die comp. folgt aus §§ 342, 343, 352 I 16, wie Erk. b. näher darlegt, nicht zwar, daß die Gegenforderung z. Z. der bekannt gemachten Cession bereits fällig war, noch weniger, daß sie vorher geltend gemacht worden, StrA. 69 S. 150, 152; §§ 300, 301 I 16, wohl aber, daß sie fällig war entweder vor der Forderung oder gleichzeitig mit derselben oder zwar später, in diesem Falle aber die Cession erst später bekannt gemacht worden ist. Denn die rückwirkende Kraft der comp. tritt erst ein, wenn sie geltend gemacht werden darf, d. h. mit der Fälligkeit, § 301 I 16, ist die Bekanntmachung der Cession dazwischen getreten, die Forderung damals fällig gewesen, die Gegenforderung nicht, so hindert die Bekanntmachung die Rückwirkung (StrA. 34 S. 26 im Erk. b.). Der deb. c. kann danach regelmäßig, d. h. abgesehn vom Falle des § 314 I 16, § 412 I 11, mit Forderungen gegen den Cedenten dem Cessionar gegenüber nur kompensiren, wenn die Forderung z. Z. der Bekanntmachung bestand und fällig war oder zwar erst nachher fällig wurde, aber zu einer Zeit, wo die cedirte Forderung noch nicht oder gleichzeitig fällig wurde. Ist die cedirte Forderung nach der Bekanntmachung aber vor der Gegenforderung fällig geworden, so ist die comp. dem deb. c. versagt. So prinzipiell außer StrA. 34 S. 26 auch ObTr. 7 S. 354 (im

Zeiten zahlbar sind, findet gegen den Willen des einen oder des anderen Theils keine Kompensation statt, so hat derselbe keinen anderen Zweck als den, durch die Worte, „gegen den Willen des einen oder des anderen Theils" anzudeuten, daß zwischen einer- oder beiderseits nicht fälligen Forderungen zwar mit beiderseitiger Einwilligung, aber nach dem Grundsatze des § 56 I 16 ALR. auch nur mit beiderseitiger Einwilligung, Kompensation stattfindet, wo nicht etwa die §§ 353 ff. aufgeführten Ausnahmen von der Regel des § 343 Platz greifen.

Diese Auslegung steht auch im Einklang mit der Natur der Kompensation, die ihrer Wirkung nach der Zahlung gleich zu achten ist, § 300, 375 I 16 ALR. Wie ein Gläubiger, ehe seine Forderung fällig ist, nicht Zahlung fordern darf, und andererseits, wenn seine Forderung zahlbar ist, keine Zahlungsfrist zu bewilligen braucht, so braucht er sich auch nicht die derselben gleichstehende Kompensation mit einer erst später fälligen Gegenforderung gefallen zu lassen, während er gar keinen Grund hat, der Kompensation mit einer früher fälligen Schuld, die er längst hätte bezahlen müssen, zu widersprechen. Im Resultate ergiebt sich daher als Erforderniß der Zulässigkeit der Kompensation einer Forderung des debitor cessus an den Cedenten, auf die von dem Cessionar eingeklagte cedirte Forderung: daß erstere vor der Bekanntmachung der Cession entstanden sein muß, und nicht später als die eingeklagte Forderung fällig geworden sein darf, nicht aber, wie der zweite Richter meint, daß erstere schon vor bekannt gemachter Cession fällig gewesen sei. Nun beruft sich zwar der Implorant auf das in ObTr. 7 S. 355 abgedruckte Präj., welches lautet: Gegen eine cedirte Forderung kann der Schuldner nur diejenigen ihm an den Cedenten zustehenden Wechselregreß-Ansprüche kompensiren, deren Zahlung er bereits zu der Zeit fordern durfte, wo ihm die Cession bekannt gemacht worden, nicht aber erwächst das Kompensationsrecht mit dem Tage der Ausstellung des Wechsels oder des Giro. Allein einestheils ist hier nur von Wechsel-Ansprüchen die Rede, anderntheils ergiebt die Fassung des Präj., daß dadurch nur festgestellt werden sollte, wie das Kompensationsrecht nicht schon mit dem Tage der Ausstellung des Wechsels oder des Giro erwachse, und dies widerspricht der obigen Ausführung in keiner Art.

Bedenklicher könnte ein anderes, StrA. 34 S. 26 abgedrucktes angebliches Präj. erscheinen, welches nach der dort angegebenen Fassung lautet: a. die Vorschrift des § 301 I 16 ALR., nach welcher die Schuld, soweit die Kompensation reicht, für erloschen zu erachten ist, sobald die Gegenforderung, durch welche die

---

Erk. b. erwähnt). Die Frage, ob die Wechselregreßforderung erst mit der Einlösung oder schon mit der Wechselunterschrift ex quo entsteht, ist jetzt durch OHG. 24 S. 1; ObTr. 81 S. 113 anders entschieden. Vgl. Anm. 10 zu Art. 9 ff. Rehbein WO.), u. jetzt namentlich RG. 4 S. 255; 11 S. 301. Ersteres betrifft den Fall, wo die cedirte Forderung z. Z. der Bekanntmachung fällig, die Gegenforderung erst später fällig wurde, Letzteres den Fall, wo beide erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden. Die Frage, ob die comp. ausgeschlossen, wenn die cedirte Forderung erst nach der Notifik., aber vor der Gegenforderung fällig, ist dabei übrigens unentschieden gelassen, zugleich aber eine jederzeit (durch Präsentation, Sichtwechsel) fällig zu machende Forderung einer fälligen gleichgestellt.

Eine Abweichung statuirt die Praxis, wie bereits angedeutet, mit gutem Grunde bei Gegenforderungen aus dem Rechtsgeschäft mit dem Cedenten. In ObTr. 20 S. 190; Präj. 2275 hatte A. einen Anspruch gegen B. aus einem Kaufvertrage für mitverkauftes und nicht geliefertes Stroh an C. cedirt, der gegen B. auf Zahlung klagte, der compens. einen Anspruch auf Zinsrückstände des Kaufpreises erhob und damit durchdrang, obgleich die Zinsen erst nach notific. Cession fällig geworden waren. In StrA. 89 S. 361 hatten die Eheleute A. ihrer Tochter ein Grundstück verkauft und das Kaufgeld an B. cedirt, der es gegen die Tochter einklagte. Inzwischen war das Grundstück wegen einer nicht übernommenen Hyp. zur Subh. gestellt, die Subh. aber von der Tochter durch Zahlung der Hyp. abgewendet. Sie kompensirte mit dem gezahlten Betrage und drang damit durch, obwohl die Zahlung erst nach der notific. Cession erfolgt, weil ihr Anspruch ein Anspr. aus der Gewährleistung auf Grund des Kaufvertrages, als solcher vor der Cession mit dem Kaufvertrage entstanden, und als Evictionsanspruch auch dadurch keine andere Natur erhalten, daß er sich durch Zahlung erst später in einen Geldanspruch umgesetzt. Ein anderes Beispiel giebt ObTr. 51 S. 395, 404, das bereits oben erwähnt. Der Kläger A. war in die Kosten des Prozesses verurtheilt, und B.

Kompensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, bleibt dann ausgeschlossen, wenn die Cession vor Eintritt der Fälligkeit der Gegenforderung erfolgt und bekannt gemacht ist; b. daher kann der Schuldner der cedirten Forderung gegen den Cessionar mit einer ihm an den Cedenten desselben zwar bereits vor Bekanntmachung der Cession zugestandenen, jedoch erst später fällig gewordenen Wechselforderung nicht kompensiren. Allein dies so gefaßte Präjudiz ist kein Präj. des ObTr., sondern ein von dem Herausgeber des Archivs formulirtes, und eine Vergleichung desselben mit dem damals vorgelegenen Rechtsfall und den Entscheidungsgründen ergiebt, daß bei der Fassung des angeblichen Präj. ein Hauptpunkt übersehen und nicht bemerkt worden ist, wie jener Satz nur Platz greifen soll, wenn die eingeklagte Forderung bereits fällig gewesen, die zur Kompensation gestellte Forderung aber erst später und nach erfolgter Bekanntmachung der Cession fällig geworden war. Damals hatte nämlich die Klägerin eine ihr am 13. Nov. 1854 cedirte, damals schon fällige Forderung eingeklagt und der Verklagte wollte eine ihm an den Cedenten der Klägerin zustehende, aber erst am 20. Febr. 1855 fällig gewordene Gegenforderung darauf zur Kompensation bringen. Dies war allerdings nach der obigen Ausführung nicht zulässig. Der Klägerin, die die bereits fällige Forderung einklagte, deren Cession an sie dem Verklagten bekannt gemacht war, durfte ihr Recht, sofortige baare Zahlung zu verlangen, nicht durch eine später erst fällig gewordene Gegenforderung des Verklagten vereitelt werden. Im vorliegenden Falle war aber die cedirte Forderung zur Zeit der bekannt gemachten Cession noch keineswegs fällig, und zu der Zeit, wo der Fälligkeitstermin eintrat, war auch die schon damals bestandene Gegenforderung des Verklagten an den Cedenten des Klägers — wenigstens nach der Behauptung der Verklagten — ja sogar schon früher fällig geworden. Auch dieses Judikat steht daher mit der gegenwärtigen Entscheidung durchaus nicht im Widerspruche. Der App.-Richter aber, der auch unter der Voraussetzung, daß die Angaben der Verklagten richtig sein sollten, dennoch die Kompensation auf Grund der §§ 313, 343, 352 I 16 ALR. für unzulässig erachtet, legt diesen Gesetzen einen unrichtigen Sinn bei.

Gründe: c. Der vor das Plenum gebrachte Konflikt beruht darin: ob das Anerkenntniß des Schuldners, daß er den Cessionar für seinen Gläubiger anerkenne, um die Wirkungen hervorzubringen, daß der debitor cessus nicht weiter befugt sein

---

kompensirte in der Exekutionsinstanz gegen den Cessionar C. mit den Kosten. Er drang damit durch, obgleich sie erst nach bekannt gemachter Cession festgesetzt. Entstanden war die Kostenforderung durch das verurtheilende Erkenntniß und jedenfalls gleichzeitig mit dem Anspruch ex judic., der cedirt, fällig, da die Festsetzung der Höhe nicht entscheidend.

In StrA. 69 S. 150, welches die Fortsetzung des unt. Nr. 212 erwähnten StrA. 57 S. 40 bildet, kommen eine Reihe dieser Fragen zur Sprache. A. hatte gegen B. eine Forderung ex judic. v. 7. Okt. 1861, von der er einen Theil an C. cedirte. B. brachte vor bekannt gemachter Cession einen Arrest auf seine eigene Schuld wegen einer bedeutend höheren Gegenforderung, welche illiquide war, aus. Auf Klage des C. wurde dieser Arrest aufgehoben, weil C. sich denselben nicht gefallen zu lassen brauche. Als C. demnächst gegen B. auf Zahlung klagte, verwarf der 2. Richter den Einwand der comp., weil B. vor der Cession keinen Gebrauch davon gemacht, was falsch war und die Vernichtung zur Folge hatte. Inzwischen war nämlich auf die bereits 1860, also vor der Cession angebrachte Klage des B. gegen A. Letzterer zur Zahlung verurtheilt und die comp. mit dieser Judikatforderung wurde nun zugelassen, weil, nachdem die Gegenforderung liquide gemacht, gegen die comp. nichts mehr vorlag.

Eine andere Frage behandelt RG. 6 S. 278. A. hatte gegen B. ein Judikat auf Zahlung erstritten und an C. cedirt. In der Exek. hinterlegte B. wegen höherer Gegenforderungen gegen A. auf Grund § 226 I 16, weil A. zahlungsunfähig und klagte gegen A. u. C. auf Zulassung der Hinterlegung und Aufrechnung. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz auf Grund §§ 407, 408 h. t. u. § 226 I 16 durchgedrungen, weil, wenn auch die comp. an sich in der Exek. nicht mehr zulässig (vgl. jetzt § 686 CPO.), im Falle § 226 I 16 die Hinterlegung zur Sicherheit nicht ausgeschlossen, nach §§ 407, 408 h. t. auch gegen den Cessionar nicht, die prozessuale Beschränkung der Geltendmachung der comp. die Geltendmachung durch Sicher-

solle, dem Cessionar solche Einwendungen und Gegenforderungen entgegenzusetzen, die er gegen den Cedenten zu haben vermeint, in einem neuen zweiseitig zwischen ihm und dem Cessionar abgeschlossenen Vertrage enthalten sein müsse, oder ob solches Anerkenntniß, bei dem Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des § 412 a. a. O. mit rechtlicher Wirkung auch in einer einseitigen schriftlichen Erklärung des Schuldners erfolgen dürfe.

Das ALR. hat in der Lehre von Cessionen den schon gemeinrechtlichen Satz, daß der Cessionar sich dem Schuldner gegenüber alle Einwendungen gefallen lassen müsse, welche dem Cedenten selbst entgegenstehen würden, in dem § 407 I 11 als allgemeinen Grundsatz ebenfalls anerkannt. Es bestehen aber zwei Ausnahmen von dieser Regel. Die eine ist dem Preuß. R. eigenthümlich, sie betrifft die Hypothekenforderungen. Bei diesen gelten gegen den dritten Inhaber keine andere Einwendungen aus der Person des Vorgängers, als welche aus dem Hypothekenbuche oder aus dem Instrumente zu ersehen, oder welche dem Cessionar vor der Cession kundgethan worden sind, ALR. I 20 §§ 423—426, und Anh.*) § 53. Die andere Ausnahme tritt, wie auch im gem. R., dann ein, wenn der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger anerkannt hat, § 412 I 11. Um diese Vorschrift in allen ihren Theilen gehörig zu würdigen, erscheint es angemessen, auf ihre Entstehung zurückzugehen. Kircheisen hatte zuerst (Materialien, Bd. 32 S. 321) mit Berufung auf Wernher P. 7 obs. 182 den Satz vorgeschlagen: „Hat aber der Schuldner einmal den cessionarium für seinen Gläubiger anerkannt, so kann er demselben aus Ansprüchen an den Cedenten den Einwand der Kompensation nicht weiter entgegensetzen." Suarez wollte diese Bestimmung nicht auf die Kompensation beschränkt, sondern auf alle Einreden ausgedehnt wissen, und so ging in den gedr. Entw. § 370 der Satz über: „Hat der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger auf eine der Qualität und Quantität nach bestimmte Forderung einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegenzusetzen." Im Extrakt der monita findet sich (Bd. 19 S. 175 und 176) zum § 370 neben sonstigen Erinnerungen auch diese unter 2: „Das Anerkenntniß muß auf eine solche Art geschehen, daß die Absicht des Schuldners, sich aller Einwendungen und Gegenforderungen begeben zu wollen, daraus deutlich abzunehmen

*) Vgl. jetzt § 38 EigenthGes.

heitsmaßregeln nicht ausschließe, die Vermögenslage des Cedenten als Arrestgrund auch gegen den Cessionar wirke, weil gerade dadurch die Unmöglichkeit für den deb. c., Befriedigung zu erlangen, bestehe. In letzterer Beziehung ist übrigens zu bemerken, daß wenn der Cessionar die cedirte Forderung erhalten, weil die Gegenforderung illiquide, nach Feststellung derselben auch der Cessionar für die Rückzahlung haftbar zu machen sein wird, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen der comp. gegen ihn vorhanden, §§ 361, 301 I 16.

Wesentlich modifizirt werden die vorstehenden Grundsätze einmal bei Cession von Hypothekenforderungen, — vgl. darüber bei I 20 § 38 des EigenthGes., und sodann im Falle des § 412 h. t. Vorausgesetzt ist dabei, wie die im Erk. c. mitgetheilte Entstehungsgeschichte u. die Bezugnahme auf die Bestimmungen über Anerkenntnisse im Tit. 5 ergiebt, eine Anerkennungserklärung in rechtsgültiger Form, darauf gerichtet, den Cessionar als eigenen Gläubiger anzuerkennen. Aus dem Erk. ergiebt sich, daß diese Anerkennung die Natur einer Willenserklärung hat, daher dem Cessionar gegenüber abgegeben und von diesem ausdrücklich oder stillschweigend acceptirt sein muß, da er ohnedies keine Rechte daraus herleiten kann. Das Anerkenntniß in diesem Sinne ist ein wirkliches Rechtsgeschäft mit der jurist. Natur der Novation (ohne deren Wirkungen, §§ 471 ff. I 16) insofern, als das Rechtsverhältniß als von Anfang an oder als neu für den Cessionar begründet, der Cessionar nicht mehr als Succeſſor angesehn werden soll. So wesentlich ObTr. 11 S. 251 (Präj. 1368), wo die ausdrückliche Anerkennung als Gläubiger gefordert und darauf Gewicht gelegt, daß zwei Gläubiger für dieselbe Obligation nicht zu denken, die Anerkennung daher nur nov. durch Aufhebung der alten Verbindlichkeit für den deb. c. sein könne. Aehnlich StrA. 52 S. 190; 63 S. 335. In Präj. 1406 war ein für sich bestehender, formgültiger Vertrag zwischen Cessionar und deb. c. gefordert. Die ratio des Gesetzes ist darin, daß

ist. Auch würde es in solchen Fällen, da ein schriftlicher Kontrakt erforderlich wird, schriftlich geschehen müssen." Dazu bemerkte Suarez: „Eine nähere Bestimmung dürfte von Nutzen sein, besonders auch in Rücksicht der stillschweigenden Anerkenntnisse durch Zinszahlungen, Prolongationen u. s. w., und in der revisio monitorum, Bd. 80 S. 243: „ad § 370 werden nähere Bestimmungen verlangt, wie das Anerkenntniß beschaffen sein müsse. Diese können durch eine bloße Beziehung auf den Titel von Verträgen gegeben werden." Hieraus ist nun der § 412 in seiner gegenwärtigen Fassung und mit den dabei befindlichen Allegaten hervorgegangen.

Weder diese Geschichte der Entstehung des §, noch dessen Wortfassung selbst gewähren einen Anhalt zu der Meinung, daß es im Sinne der Gesetzgebung gelegen, die in dem § 412 ausgesprochenen Wirkungen dem Anerkenntnisse des Schuldners nur dann beizulegen, wenn darüber zwischen ihm und dem neuen Gläubiger, dem Cessionar, ein besonderer zweiseitiger Vertrag errichtet worden ist. Vielmehr müßte es als ganz eigenthümlich gelten, wenn das Gesetz für den in solcher Weise vorausgesetzten neuen Vertrag zwischen dem Cessionar und dem Schuldner, der dann doch schon die Bedingungen, unter denen er zu Stande gekommen wäre, in sich selbst tragen würde, die eine Bestimmung, daß von den bisherigen Einwendungen und Gegenforderungen nicht mehr die Rede sein solle, schon zum Voraus als eine nothwendige aufgestellt haben sollte, da doch vielmehr auch dies der Willkür der neuen Paziszenten überlassen bleiben konnte und mußte. Gerade umgekehrt wird man durch dieses Anknüpfen einer gesetzlichen Folge an eine von dem Schuldner nach erfolgtem Wechsel der Gläubiger abgegebene Erklärung dahin geführt, daß nur von einer einseitigen Erklärung die Rede sei. Man ist beflissen, dem § wegen seiner perikulosen Natur für den debitor cessus eine beschränkte Anwendung angedeihen zu lassen; aber es ist nicht im Interesse des Schuldners, wenn man denjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben werden soll, auch noch heranzieht, da doch derselbe ohne Zweifel sein eigenes Interesse dabei im Auge behalten wird. Das Perikulose des Geschäfts für den Schuldner kann, da im Uebrigen das Gesetz ebensowohl für eine genaue Charakterisirung der cedirten Forderung „wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung", als für die Beobachtung der zur Abgabe von Erklärungen gesetzlich vorgeschriebenen Form „auf rechtsgültige Weise" einmal gesorgt hat, eben nur darin liegen, daß er überhaupt, da es doch zur Gültigkeit der Cession selbst nach § 409 seiner Einwilligung gar nicht bedurfte, zur Anerkennung des Cessionars als seines Gläubigers sich verstand. Denn an diese

---

durch das Anerk. die Einreden u. Gegenforderungen des deb. c. gegen den Cedenten beseitigt sein sollen, zu finden; der Cessionar ist nunmehr der ursprüngl. Gläubiger. Ob dies gewollt, ist konkret zu prüfen. Daß solcher Wille als vorhanden zu denken sein muß, hat die Praxis konstant festgehalten, deshalb z. B. die Anwendung des § 412 abgelehnt, in ObTr. 11 S. 251, wenn nichts geschehn, als daß der deb. c. die Cession mit dem Vermerke gesehen und Kenntniß genommen, versehn und um Stundung gebeten, in StrA. 10 S. 185, wenn nur der Cessionar als solcher anerkannt, in StrA. 63 S. 335, wo nichts geschehn, als daß der deb. c. in der Cessionsurkunde Zahlung nunmehr an den Cessionar nach Kündigung unter Zinsstipulation versprochen (§§ 452, 453 I 16), in StrA. 52 S. 190, wo nur der objektive Bestand der Forderung anerkannt, in StrA. 55 S. 1, wo der deb. c. sich verpflichtet, an den A. oder seinen Cessionar zu zahlen. Ganz sicher ist, daß vorbehaltlose Zahlung dem Anerk. nicht gleichsteht, die Frage, ob die condictio indeb. gegen den Cessionar oder den Cedenten geht, wenn die Forderung dem Cedenten gegenüber Nichtschuld, daher lediglich aus § 198 I 16 zu beantworten, wonach der Cessionar als Eigenthümer der Forderung der richtige Beklagte ist. (Anders bei Assignation, wenn der Angewiesene nicht für sich, sondern den Anweisenden erhoben hat.) OHG. 2 S. 412. Ebenso sicher ist, daß dem § 412 nicht entspricht, wenn der deb. c. dem Cessionar gegenüber anerkennt, daß er dem Cedenten schulde; dies ist Zugeständniß, kein Rechtsgeschäft, OHG. 5 S. 305, 306.

Die Wirkung ist, daß der Cessionar dem deb. c. gegenüber als der erste eigene Gläubiger gilt, die Forderung, die in dem Anerk. neue causa erhalten, als gültig entstanden und zur Zeit des Anerk. bestehend gilt. Nothwendig fällt daher fort, z. B. der Einwand der nicht erhaltenen Valuta, StrA. 3 S. 277 und grundsätzlich ObTr. 48 S. 63 (StrA. 46 S. 224) mit einer nicht mehr praktischen Modifikation für den Fall des aufgehobenen § 738 I 11.

seine Erklärung knüpft sich vermöge des Gesetzes selbst, und ohne daß solches noch erst besonders von ihm auszusprechen gewesen wäre, die Folge, daß er Einwendungen und Gegenforderungen, die ihm gegen den Cedenten zustehen möchten, dem von ihm als seinen Gläubiger ausdrücklich anerkannten Cessionar nicht mehr entgegensetzen durfte. Ins Leben gerufen wurde diese Maßregel durch das Bedürfniß des Geschäftsverkehrs. Das Gesetz wollte einen Weg bezeichnen, wie derjenige, welchem eine Schuldforderung zum Erwerbe angetragen wird, vollkommen sicher gehen könne. Der Cessionar soll dies erreichen, wenn der Schuldner ihn als seinen Gläubiger anerkennt. Es sollte damit auch, wie Kircheisen gleich bei dem ersten Vorschlage andeutete, den Betrügereien vorgebeugt werden.

Man hat an den dem § 412 angehängten Allegaten Anstoß genommen; dennoch kann denselben ein Einfluß auf die hier angeregte Streitfrage mit Grunde Rechtens nicht beigemessen werden. Die §§ 37—38 I 5 und dann auch wieder der ebenfalls mit allegirte § 192 eb. gedenken des Falles, wo ein Unfähiger einen Kontrakt geschlossen hat; der um deshalb unverbindliche Vertrag soll nicht anders zur Gültigkeit gelangen, als wenn der Stipulant nach gehobener Unfähigkeit den Vertrag in solcher Vollständigkeit anerkennt, daß dieses Anerkenntniß selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann. Aehnlich ist es mit dem ferner allegirten § 185 eb. Ein Analphabet hat einen Vertrag geschlossen, der nach dem Gesetz schriftliche Abfassung fordert; wenn er nun hinterher schriftlich oder zum Protokoll zu dem mündlichen Vertrage sich bekennt, so soll er, so weit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen. Vergleicht man nun diese Allegate mit dem übrigen Inhalt des § 412 I 11, welchem sie angehängt sind, so muß man inne werden, daß sie nur einzelne Hinweisungen zu dem in dem § selbst ausgesprochenen Erforderniß haben sollen: es müsse das Anerkenntniß „auf rechtsgültige Weise" erfolgt sein. Mit Unrecht will man dagegen, ohne sonstige Andeutung in dem Wortinhalt des Paragraphs selbst, blos aus den Allegaten das neue Erforderniß herausfinden: es müsse das Anerkenntniß in einem neuen besonderen zwischen dem Schuldner und dem Cessionar errichteten Vertrage abgegeben sein. Der Mißgriff wird in dieser Beziehung um so größer, als die Allegate von dem Anerkenntniß eines früher unvollkommen geschlossenen Vertrages handeln, der § selbst aber von einem Anerkenntniß ganz anderer Natur, nämlich von der Anerkennung einer dritten, dem Vertrage bisher fern ge-

---

Die Sätze in OHG. 2 S. 412; 9 S. 101, 103, daß in § 412 die Forderung als noch nicht getilgt gedacht, wollen nicht besagen, daß § 412 keine Bedeutung habe, wenn die Forderung getilgt. In OHG. 9 S. 101 hatte A. einen Wechseljudikatanspruch gegen B. u. C. an D. cedirt, B. in der Cession den D. als Gläubiger anerkannt, Eintragung der ganzen Forderung auf sein Grundstück bewilligt, obwohl er vorher 100 an A. gezahlt hatte. Als D. gegen B. ex jud. Exek. nachsuchte, exzipirte B., daß er die 100 gezahlt. Das OHG. hat den Einwand durchgreifen lassen, weil für die getilgten 100 das Anerkenntniß der neue Klagegrund, nicht das Judikat, das bezüglich dieser 100 seine Exekutionsfähigkeit verloren, aus dem Judikat D. deshalb von B. die 100 nicht fordern könne, wobei übrigens (als rein thatsächliche Frage) dahin gestellt, ob sich das Anerk. nicht auch auf die Exekutionsfähigkeit habe beziehen können und sollen.

In ObTr. 65 S. 64 (StrA. 83 S. 63), — unt. Nr. 98, Bd. 1 S. 422, — ist konsequent weiter gefolgert, daß der deb. c., wo die Schuldurkunde nicht einen bestimmten Zahlungsort enthält, dem anerkannten Cessionar das Darlehn da, wo derselbe zur Zeit des Anerkenntnisses gewohnt, zurückzahlen muß, §§ 769, 775 h. t. Auch die Bestimmung in § 315 I 16 betr. die compens. ist eine Konsequenz des neugeschaffenen Gläubigerverhältnisses.

Versagt ist die Wirkung des § 412 im Erk. d., in dem Falle, wo die Cession selbst simulirt war. Abgesehn von dem Falle des § 412 ist das Erk. wegen der Behandlung des Einwandes der Sim. überhaupt von Bedeutung. Dieselbe stimmt wesentlich mit den unt. Nr. 58, Bd. 1 S. 226 zu Erk. b. bereits erwähnten Sätzen überein, und die Praxis hat daran festgehalten, daß die Einrede ohne die Existenz eines eigenen Interesses des Schuldners eine exc. d. j. t. Vgl. dagegen Förster (Eccius) 1 § 99_{76}. Solch eigenes Interesse liegt z. B. sicher vor, wenn der deb. c. trotz notific. Cession an den Cedenten oder dessen

standenen Person, als jetzigen Gläubigers des Erklärenden. Es ist wohl klar, daß in Beziehung auf Erfordernisse des Geschäfts selbst durch jene Allegate keine Vorschriften haben gegeben werden sollen; wohingegen es unverfänglich war, in Beziehung auf Kontraktsfähigkeit und Kontraktsform durch sie auf allgemeine Regeln hinzuweisen, eine solche Absicht auch ausdrücklich von Suarez angekündigt war.

Nun steht aber auch die Vorschrift des § 412 keineswegs so vereinzelt da, um für ganz außergewöhnlich zu gelten. In der Lehre der den Cessionen so nahe verwandten Anweisungen heißt es in I. Tit. 16 § 259 ohne Weiteres: „Hat der Assignat die Anweisung angenommen: so muß er dem Angewiesenen (Assignatar) Zahlung leisten; wenn er auch dem Anweisenden (Assignanten) zu nichts verpflichtet wäre" — und ebenso wegen der kaufmännischen Anweisungen, ALR. II 8, §§ 1293 bis 1294.

Dies ist ganz dasselbe Prinzip wie bei den Cessionen. Bei dem Anweisungsgeschäft waltet, als Regel, das Verhältniß vor, daß der Anweisende an einen Dritten eine Forderung hat, welche für seine Rechnung zu erheben er dann einem Andern aufträgt, um damit wieder eine Verbindlichkeit abzutragen, die ihm gegen diesen Andern obliegt. Also auch hier tauscht der Angewiesene statt des bisherigen Gläubigers, des Anweisenden oder Assignanten, einen neuen Gläubiger ein, den Angewiesenen oder Assignatar. Geht er nun auf das Geschäft ein, acceptirt er die Anweisung, wozu garnichts weiter erforderlich ist, als daß er auf die ihm vorgelegte Anweisung die Worte schreibt „Angenommen", und seinen Namen, so muß er Zahlung leisten, auch wenn er dem Anweisenden gar nichts schuldig wäre; er verliert also alle ihm gegen seinen alten Gläubiger zustehenden Einwendungen, oder er darf sie doch gegen den neuen Gläubiger, den Assignatar, nicht geltend machen. Jeder, der eine Anweisung acceptirt, muß dieser von dem Gesetz an solche Handlung geknüpften Folge sich bewußt sein; es ist nicht abzusehen, warum es anders sein soll, wenn der debitor cessus unter der Schuld- und Cessions-Urkunde einseitig vermerkt, daß er den Cessionar zu seinem Gläubiger annehme, woran das Gesetz dieselbe Folge knüpft.

Auch auswärtige Gesetzgebungen haben demselben Prinzip sich angeschlossen. Oesterr. Gesetzbuch §§ 1395, 1396. Code civil art. 1295.

In beiden Gesetzbüchern ist der Verlust der Einwendungen an eine bloße Erklärung zu Gunsten des Cessionars geknüpft, und ein neuer mit demselben besonders zu schließender Vertrag nicht gefordert.

Die Gründe, aus denen zeither in dem entgegengesetzten Sinne erkannt worden,

---

Gläubiger gezahlt hat, wenn er Gegenforderungen geltend machen will, die er ohne Beseitigung der Cession nicht erheben könnte, ebenso sicher da, wo es sich um Anwendung des Grundsatzes des § 38 EigenthGes. handelt, ObTr. 37 S. 87 (StrA. 28 S. 64); StrA. 39 S. 83; 99 S. 341; 63 S. 335, 345. Ebenso OHG. 24 S. 323. In diesem Falle hatte A. eine ihm an B. zustehende Forderung an C. cedirt, Gläubiger des A. die Forderung nachher arrestirt, B. hinterlegt. Als C. gegen B. auf Zahlung klagte, wendete B. mit Erfolg Simulation der Cession ein. Das OHG. deduzirt hier, daß der deb. c., der bei simulirter Cession an den Cessionar zahle, zwar dem Cedenten gegenüber durch die exc. doli und gegen Dritte durch seine bona fides geschützt werde, wenn er §§ 395, 396 h. t. beobachtet habe, daß er aber, wenn arrestirt, an den Cessionar auf seine Gefahr zahle, da er an den wirklichen Gläubiger nochmals zahlen müsse, wenn sich nachher die Simulation der Cession ergebe. Dasselbe gilt umsomehr, wenn der deb. c. direkte oder indirekte Kenntniß von der Simulation hat. Nach Arrestirung hat der deb. c. deshalb stets im Interesse zu deponiren; eine begründete causa der Deposition liegt immer schon da vor, wo dem deb. c. nach der Sachlage nicht zuzumuthen, sich auf die Gefahr eigener Prüfung einzulassen. Deshalb kann wohl in Frage kommen, ob nicht auch ohne Arrestirung der deb. c. sich da auf Simul. berufen kann, wenn er von der Simul. und zugleich davon weiß, daß der Cessionar gegen die Abrede mit dem Cedenten die simulirte Cession zur Beitreibung für sich benutzt. Unbedenklich ist, daß der klagende Cedent den Einwand des deb. c., daß er cedirt und ihm die Cession notifizirt, nicht dadurch allein beseitigen kann, daß er Simulation der Cession behauptet, weil die Frage, ob die Cession simulirt, nicht zwischen beiden ausgemacht und der deb. c. nicht auf die Gefahr doppelter Zahlung hin verurtheilt werden kann, StrA. 38 S. 312. Mindestens muß der Cedent für verpflichtet gelten, die Gefahr solcher doppelten Zahlung sicher zu beseitigen.

beruhen vornämlich darin, daß ein neues, von dem bisherigen verschiedenes Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger sich erst erzeugen soll, was doch aber, obwohl an sich ganz richtig, doch nicht ausschließlich durch einen zweiseitigen Vertrag, sondern, ebenso gut wie der ursprüngliche Darlehnsvertrag, auch durch einseitige Erklärung des Schuldners erfolgen kann, wobei die Acceptation durch die Annahme des Instruments ganz ausreichend vertreten wird. Es wird sodann die Nothwendigkeit eines besondern Vertrages aus den dem § 412 angehängten Allegaten entwickelt; es ist aber oben gezeigt worden, daß diese Allegate blos mit den Worten des § „in rechtsgültiger Weise" in Verbindung stehen, und daß die Anerkennung eines Dritten als seines Gläubigers nicht nach der Theorie von Anerkennung der Verträge zu konstruiren sei. Es wird endlich auf die Vorschriften von der Novation hingewiesen, ohne zu erwägen, daß der § 461 I 16 ALR. wegen dessen, was Rechtens sei, wenn die Novation durch Veränderung der Person des Gläubigers erfolgt, auf die besonderen darüber bestehenden Vorschriften, und namentlich auf den dritten Abschn. des Tit. 11, von Abtretung der Rechte, zurückverweist.

Gründe: d. Darin, daß jede simulirte Cession wirkungslos sein soll, geht der App.-Richter zu weit. Die Cession einer Forderung, oder die Abtretung der Rechte durch einen Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechts zu übertragen, § 376 I 11, läßt zwar den Cessionar in die Stelle des bisherigen Gläubigers treten und unterscheidet sich wesentlich sowohl von der Anweisung, als von dem bloßen Auftrage zum Empfange der Zahlung; allein der desfallsige Unterschied hat ebenso, wie die Frage, ob die Abtretung des Rechts gegen bestimmte Vergeltung, oder ohne eine solche, also als Schenkung, § 378, geschehen, hauptsächlich nur Einfluß auf das Verhältniß des Cedenten und Cessionars zu einander; sie berührt nicht den abgetretenen Schuldner, dessen Einwendungen und Gegenforderungen gegen den Cedenten auch dem Cessionar entgegen stehen, dessen Verpflichtung durch die Abtretung nicht erschwert werden darf, und der wegen seiner Einwendungen und Gegenforderungen, Kaution vom Cedenten zu fordern berechtigt ist, §§ 407, 408, 410. *Für ihn ist es daher ohne Einfluß, ob die Cession nur ein Scheingeschäft sei; er kann an den durch die formell gültige Cession legitimirten Cessionar gültig zahlen, ihm alle Einwendungen gegen den Cedenten entgegensetzen, nicht aber auch noch dessen etwanige Rechte wahrnehmen. Die Einrede der Simulation steht ihm daher gegen die Klage des Cessionars an sich nicht zu.*

Nach diesem Gesichtspunkte sind auch andere Einreden des deb. c. aus dem Cessionsakte selbst zu beurtheilen. Unbedenklich erscheint danach, daß er die Minderjährigkeit oder sonstige Dispositionsunfähigkeit des Cedenten einwenden kann. Bei blos mündlicher Cession kann der deb. c. sich auf § 395 h. t. berufen, wenn auch Zahlung auf Grund mündlicher Cession den deb. c. mindestens dem Cedenten gegenüber und nach den Grundsätzen des Erk. a. über das Verhältniß der §§ 395—397 zu §§ 407 ff. auch dem Dritten gegenüber befreit, der nach der Tilgung die Cession erlangt hat. (Ausnahme bei Hyp., Grundschulden, Wechseln und Papieren auf den Inhaber.) In StrA. 14 S. 324 hatte ein Reisender seinem Wirth mündlich Anweisung zur Erhebung eines Depots beim Banquier ertheilt, der Wirth das erhobene Depot unterschlagen. Hier ist die Klage des Reisenden gegen den Banquier auf Zahlung abgewiesen, weil trotz §§ 8, 11 I 13 dem Machtgeber die exc. doli entgegensteht, wenn er noch einmal fordert, was der Bevollm. mit seinem Willen erhalten. Das ObTr. führt dabei aus, daß in gleicher Weise die mündl. Cession genügt, um den deb. c. zur Zahlung an den Cessionar zu legitimiren. Erfolgt anderweite Cession vor der Zahlung, so deckt sie den deb. c. allerdings nicht. Vgl. Erk. c. Nr. 211b. u. StrA. 85 S. 34 unt. Nr. 211b. Aus dieser Wirkung der mündlichen Cession folgt zugleich, daß der deb. c. gegen den Cessionar alle Rechte hat, welche der Schuldner gegen den befriedigten Gläubiger hat. In ObTr. 63 S. 281 hatte A. eine ihm gegen C. zustehende Forderung mündlich an B. cedirt, an den C. in Gegenwart des A. dann gezahlt hatte. Die Forderung war provestatitisch auf dem Grundstück des C. eingetragen und konnte nicht gelöscht werden, weil B. nur Privatquittung ertheilt hatte. Auf die Klage des C. ist B. verurtheilt, als Cessionar des A. in die Löschung zu willigen u. zum Zweck derselben die Cession in urkundlicher Form zu beschaffen.

Es liegt aber dennoch eine Verletzung des § 412 a. a. O. nicht vor. Daß derselbe einen wahren Cessionar, einen neuen Eigenthümer des abgetretenen Rechts voraussetzt, kann nicht bedenklich sein; nur einen solchen kann der Schuldner für seinen Gläubiger anerkennen und als solchen anzuerkennen beabsichtigen; ihm müssen, wenn der formell gültig bestellte Cessionar dennoch ein solcher nicht ist, alle Einwendungen und Gegenforderungen gegen den Cedenten, auch gegen jenen, des Anerkenntnisses ungeachtet erhalten bleiben, weil nun dennoch nicht der Cessionar, sondern der Cedent in der That Gläubiger geblieben, das Eigenthum des formell abgetretenen Rechts auf jenen nicht übergegangen ist. Der Einwand der Simulation bezieht sich also hier, seiner Wirkung nach, auf das Anerkenntniß des Schuldners und auf seine Rechte und deren Verlust, dem angeblichen Cessionar gegenüber. Was also, wie oben bemerkt, den Einwand der Simulation gegen die Cession überhaupt dem Schuldner abschnitt, der Mangel seines Interesse, ist hier nicht, sondern dies allerdings, ebenso wie sein Recht vorhanden; er benutzt das wahre Sach- und Rechtsverhältniß, um seine an sich durch die Cession noch nicht geschmälerten Rechte vollständig auszuüben. Dies kann ihm nicht versagt werden, und am wenigsten der Cessionar ein Anerkenntniß des Schuldners entgegensetzen, welches er nur geltend machen kann, wenn er wirklich Gläubiger geworden, ihm eine wahre Cession ertheilt ist. Der Einwand der Simulation im Falle des § 412 ist also nicht aus dem Rechte eines Dritten, des Cedenten abgeleitet, sondern aus dem eigenen Rechte des abgetretenen Schuldners gegen den Cessionar, als Nachfolger und Repräsentanten des Cedenten, und so erscheint seine Zulässigkeit hier, bei wesentlich veränderten Verhältnissen, nicht bedenklich.

Nr. 214. §§ 653, 662—673, 715—717, 718—726, 793, 853 bis 860, 866—868 (720, 742); I 16 § 454; Dekl. v. 4. April 1811. Darlehn (eigentliches u. uneigentliches). Begriff. Objekt (eigene und fremde Sache). Novation. Korrealschuld aus Darlehn.*)

a. Erk. v. 4. Okt. 1847; ObTr. 15 S. 161.
b. Erk. v. 9. Febr. 1871; StrA. 81 S. 124.
c. Erk. v. 28. Juni 1852; ObTr. 23 S. 98 (StrA. 6 S. 204).
d. Erk. v. 29. Febr. 1872; ObTr. 67 S. 118 (StrA. 84 S. 249).

Im Falle a. hatte A. dem B. auf Schuldschein polnische Pfandbriefe nebst den dazu gehörigen Koupons als Darlehn mit der Verpflichtung zur Rückgabe zwei Monate nach Sicht gegeben. Verzinsung war nicht ausbedungen. A. forderte demnächst ausser den Pfandbriefen auch die Koupons zurück oder Verzinsung mit 4 Prozent seit der Darlehnshingabe. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen dies Verlangen abgelehnt. — Im Falle b. hatte W. dem Kläger stehende Bäume geschenkt, Kläger dem S. von diesen Bäumen 60 Stück mit der Verpflichtung zur Rückgabe eben solcher Stämme in gleicher Zahl geliehen, S. die Stämme abgehauen, abgefahren und verbraucht. Die Klage gegen seine Erben aus dem Darlehn ist gegen den 2. Richter zugelassen. — Im Falle c. hatte A. dem B. Staatsschuldscheine geliehen, B. sich in dem Schuldscheine zur Rückzahlung des Darlehns in Staatsschuldscheinen mit der Bestimmung verpflichtet, dass beim Kurse unter 75 er dem A. das Fehlende zuzahlen, beim Kurse über 75 aber der Vortheil dem A. verbleiben solle. Bei

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 370—373; Huschke, die Lehre des R. R. vom Darlehn. 1882; Dernburg 2 §§ 176, 177; Förster (Eccius) 2 § 137. — Nach §§ 653, 793

der Rüchzahlung entstand, als B. eine baare Gegenforderung von 1000 verrechnete, Streit, ob der Kurs der Staatsschuldscheine zur Zeit der Darlehnshingabe oder der Rückgabe zum Grunde zu legen. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen letzteres angenommen. — Im Falle d. hatte A. in einem Reverse v. 1. Okt. 1863 anerkannt, dass er dem B. für früher verkaufte Waaren eine Summe schuldig geworden, dass B. ihm diese Summe darlehnsweise gegen Zinsen und Kündigung belassen und sich zur Verzinsung und Rückzahlung nach Kündigung verpflichtet. Auf Rückzahlung belangt, wendete A. ein, dass die Kaufgelderforderung nach dem § 1 Ges. v. 31. März 1838 schon zur Zeit des Reverses und inzwischen wiederum verjährt. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen verurtheilt.

Gründe: a. Mit Recht macht Implorant dem App.-Richter, insofern ihn derselbe zur Erstattung sämmtlicher Zins-Koupons der von dem Kläger dargeliehen erhaltenen Pfandbriefe oder zum Ersatz ihrer Geldbeträge für verbunden erachtet, wiewohl in dem Schuldscheine keine Zinsen stipulirt seien, und gleichviel, ob Beklagter seine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen anderweit schriftlich oder mündlich anerkannt habe oder nicht, einen Verstoß wider den § 824 I 11 ALR., wonach der Gläubiger keine Zinsen fordern darf, wenn solche nicht in dem Schuldschein, oder doch anderweit schriftlich, versprochen worden, sowie gegen den im § 653 l. c. angegebenen Begriff des Darlehns und gegen den Zweck und das Wesen der Koupons zum Vorwurf; und es kann hierin nichts ändern, daß dem Verklagten mit jenen Pfandbriefen zugleich die damals laufenden Koupons eingehändigt worden sind. Das Darlehn ist nach § 653 I 11 ein Vertrag, vermöge dessen jemand gangbares ausgemünztes Geld oder geldwerthe, an jeden Inhaber zahlbare Instrumente, unter bedungener Wiedererstattung in gleicher Qualität und Quantität einem Andern zum Verbrauche übergiebt. Wird aber der Verbrauch als der Zweck des Empfängers bei dem Geschäfte vorausgesetzt, so folgt hieraus von selbst, daß neben dem Kapitale die erst später fällig werdenden und noch nicht verfessenen Zinsen, welche er davon beziehen könnte, wenn er dasselbe nicht verbrauchte, sich keineswegs zugleich, wie der vorige Richter von den Pfandbrief-Koupons annimmt, als Gegenstand des Darlehns, oder als integrirender Bestandtheil der mit der Ver-

---

erfordert der Begr. des eigentlichen Darlehns als Objekt Geld oder geldwerthe Papiere, die Uebergabe zum Verbrauche, die Verpflichtung zur Rückerstattung in genere et quanto. In der Rückerstattung, die nicht Aequivalent für das Gegebene ist, liegt der Unterschied vom Kauf mit Kreditirung von Sache und Preis, in der Rückerstattung in genere der Unterschied vom Kommodat. (Rückgabe in natura, I 21 § 229; l. 5 § 12 D. 13, 6.) Deshalb lag kein Darlehn in StrA. 80 S. 232 vor, wo aus Schuldschein über Darlehn in Staatsschuldscheinen mit Verpflichtung zur Rückgabe derselben Nummern geklagt wurde, und deshalb ist nicht Darlehn, sondern Kauf das Rechtsgeschäft, durch welches der Aussteller von Inhaberpapieren einen bestimmten Nominalbetrag solcher zu bestimmtem Preise einem Dritten zum Eigenthum überläßt, auch wenn in dem Papier als causa spec. Anlehn ausgedrückt ist, OHG. 20 S. 248, 253.

Wesentlich ist das Objekt, beim eigentl. Darlehn Geld oder Geldpapier. Durch die Hingabe des Objekts wird nach § 727 die Obligation aus dem Darlehn erst begründet; darauf beruhen §§ 715, 717 h. t. Vgl. Erk. a. Nr. 87, Bd. 1 S. 351, 356. Unter Waaren in § 715 können nur Objekte verstanden werden, die nicht gesetzlich Gegenstand des eigentl. Darlehns. Der § 715 beruht, wie § 716 deutlich ergiebt, auf der rechtl. Natur des Darlehns, nicht auf der Präsumtion des Wuchers. Dadurch daß die §§ 718—726, welche sich übrigens nicht auf Schuldscheine über den Kaufpreis von Waaren oder einen Rechnungssaldo aus Hingabe in Baar und Waaren in Darlehnsform, sondern nur auf den Fall der Hingabe von Waaren auf Grund des Schuldscheins bezogen, ObTr. 57 S. 31; StrA. 29 S. 112, — mit der Aufhebung der Wuchergesetze, § 1 Abs. 2 Ges. v. 14. Nov. 1867, fortgefallen und durch das auf ganz anderer Basis beruhende Ges. v. 24. Mai 1880 (vgl. namentlich Art. 3 Abs. 3) nicht wiederhergestellt, folgt nichts für die Beseitigung der §§ 715, 716; die §§ 718 ff. trafen nur den in § 717 aufrecht erhaltenen Anspruch auf Rückgabe der

bindlichkeit der Erstattung nach geschehenem Verbrauche als geliehen zu betrachtenden Summe ansehen lassen. Auch fließt, obschon jedes Kapital, worüber dem Darleiher völlig freie Verfügung zusteht, von ihm zinsbar gemacht werden kann, hieraus allein noch nicht die Berechtigung desselben, von dem Darlehnsempfänger die Verzinsung zu fordern, vielmehr bedarf es hierzu eines ausdrücklichen schriftlichen Versprechens; und der Darlehnsgeber hat sich, wenn er das Geschäft ohne ein solches Versprechen eingegangen ist, den daraus entspringenden Zinsenverlust selbst beizumessen. Im Wesentlichen aber bleibt es sich gleich, ob das Darlehn, ohne daß Zinsen davon stipulirt sind, in baarem Gelde, welches jeden Augenblick zinstragend gemacht werden konnte, oder in Papieren, wovon der Darlehnsgeber bisher schon wirklich Zinsen bezogen hat, hergegeben worden ist; und es kann auch, wenn diese Papiere namentlich in Pfandbriefen bestanden, die mit ihnen zugleich erfolgte Aushändigung der Koupons an den Darlehnsempfänger hierbei keinen Unterschied machen. Er muß sie erhalten, um die Pfandbriefe selbst dem obigen Zwecke gemäß benutzen zu können. Aber wenn er die letzteren wirklich verbraucht, gehen ihm zugleich die Koupons verloren; und wenn dem Darlehnsgeber dafür ein Ersatz werden soll, daß er durch die Hingabe der Pfandbriefe mit den Koupons sich des von den ersteren unmittelbar zu beziehenden Zinsgenusses begiebt, so muß er sich diese Vergütigung, wie bei einem in baarem Gelde hergegebenen Darlehn, schriftlich versprechen lassen. Auch werden nicht einmal zu allen Pfandbriefen besondere Koupons ausgefertigt; und es giebt überdies noch andere auf jeden Inhaber lautende zinsbare Instrumente, bei denen dies ebensowenig der Fall ist. Daß der Darlehnsgeber die Verzinsung eines in solchen Papieren gegebenen Darlehns ohne besondere schriftliche Stipulation sollte verlangen können, läßt sich keinen Falls annehmen, und eben dies muß von den Koupons gelten, wo dergleichen vorhanden sind. Zu ihrer Zurückgabe kann der Empfänger nicht verpflichtet sein, weil der Verbrauch des Kapitals von dem Augenblick an, wo er wirklich stattfindet, den Verbrauch der Koupons durch Erhebung der darauf zu zahlenden Zinsen in sich schließt, und sie dem Darlehnsnehmer nur dazu dienen, von den Papieren, die das Kapital repräsentiren, den vollen beabsichtigten Gebrauch zu machen. Ihre Vergütigung in baarem Gelde ist der Darlehnsgeber ohne ein hierauf gerichtetes besonderes schriftliches Versprechen zu verlangen nicht berechtigt, weil ihm aus ihrer Hingabe allein weder ein Anspruch auf ihre Restitution, noch in Ermangelung einer

---

Waare, nicht den gar nicht bestehenden Darlehnsanspruch. Es muß deshalb auch als falsch bezeichnet werden, wenn in StrA. 44 S. 153, wo statt des verschriebenen baaren Darlehns Wechsel gegeben, für zulässig erklärt wird, daß an Stelle des verabredeten Darlehnsobjekts durch nachträgliche Abrede ein anderes vom Gesetz nicht zugelassenes gesetzt wird mit der Wirkung, daß der Geber wie durch dat. in sol. von seiner Verpflichtung befreit, der Empfänger zur Rückgabe des ursprünglich verabredeten, aber nicht erhaltenen Objekts verpflichtet werde. Die dafür angezogenen §§ 235, 242 I 16 passen nicht, weil es sich nicht um Lösung, sondern um Begründung der Darlehnsobligation handelt, und richtig ist auch nicht, daß Wechsel oder Forderungen nicht Waaren im Sinne § 715. Anders liegt die Sache nur, wenn der Erlös aus dem Wechsel oder aus den Waaren nach der Abrede oder Intention der Parteien als Darlehnsobjekt anzusehn, was nicht ausgeschlossen.

Daß als Obj. des Darlehns bei Werthpapieren nicht die mitübergebenen Koupons erscheinen, weil sie gerade das sind, was den Gebrauch des Darlehns erst ermöglicht, darüber vgl. Erk. a. Quittungsbogen (Interimsscheine, Promessen) von Aktiengesellschaften, mit denen sich StrA. 46 S. 266 beschäftigt, sind nach den Bestimmungen des Ges. v. 18. Juli 1884 (RGBl. S. 123) über die Abänderung der §§ 173—249a des HGB. nicht mehr Gegenstand des eigentl. Darlehns, da sie auf den Inhaber nicht mehr gestellt werden dürfen.

Wesentlich ist sodann die Uebergabe des Objekts zum Verbrauch, § 653, d. h. zur Verfügung als Eigenthümer so, daß Empfänger verbrauchen kann. Darauf beruht die Beseitigung der formal begründeten Darlehnsverpflichtung durch den Nachweis der nicht erhaltenen Valuta, §§ 732—736, §§ 866—868 h. t. Daß mit dem „zum Verbrauch" nicht ein modus im Sinne der §§ 152 ff. I 4 ausgedrückt sein soll, folgt daraus, daß der Gebrauchs-, Verwendungszweck des Empfängers überhaupt rechtlich unerheblich, Nr. 70, Bd. 1 S. 272; StrA. 37 S. 85, das. S. 274; StrA. 19 S. 182. Die Uebergabe ist erforderlich,

diesfälligen ausdrücklichen schriftlichen Stipulation auf Verzinsung der vorgeliehenen Summe erwachsen kann, und es müssen ihm nur jeden Falls bei Erstattung des Darlehns in Papieren derselben Art an dem im Voraus bestimmten oder durch die erfolgte Kündigung bedingten Zahlungstage zugleich auch die laufenden Koupons gewährt werden, damit er in den Stand gesetzt werde, in dem Augenblick der Fälligkeit seinerseits über die Papiere wiederum völlig ungehindert verfügen und sie als Zinsen tragende Instrumente benutzen zu können. Mit Erfolg läßt sich übrigens hiergegen nicht einwenden, daß der Darlehnsnehmer möglicher Weise die ihm geliehenen Pfandbriefe, auch ohne sie zu verbrauchen, bis zum Fälligkeitstermin an sich behalten, oder daß er in der Zwischenzeit einen dem Betrage der Zinsen gleichkommenden, oder ihn sogar übersteigenden Nutzen davon ziehen könne, und daß durch die im § 653 I 11 enthaltene Bezeichnung des Verbrauchs als Zweck des Darlehns dies Rechtsgeschäft nur namentlich von dem Verwahrungs- und Leihvertrage habe unterschieden werden sollen. Denn zur Rechtfertigung der Ansicht, daß der Darlehnsgeber, welcher dem Darlehnsempfänger mit den geliehenen Pfandbriefen oder ähnlichen Papieren zugleich die laufenden Koupons behändigt, die Restitution der letzteren oder einen ihm dafür zu leistenden Ersatz ohne ausdrückliche schriftliche Stipulation nicht fordern kann, ist es jeden Falls schon genügend, daß er eben als Darlehnsgeber dem Empfänger die Instrumente zur freien Disposition stellt, um sie nach Belieben verbrauchen zu können. Der Letztere erwirbt nach § 661 a. a. O. durch den Empfang der gegebenen Gelder oder geldgleichen Instrumente das Eigenthum derselben. Hiermit geht zugleich nach ALR. I 8 §§ 9 ff. das diesfällige Nutzungsrecht auf ihn über; und soll dem Darlehnsgeber dafür, daß er sich desselben entschlägt, eine Entschädigung zu Theil werden, so muß er sich dieselbe nothwendig in entsprechender Form zusichern lassen.

Auch haben die Koupons, als bloße Anweisungen auf künftig zu erhebende Zinsen, vor ihrer Fälligkeit gar nicht dieselbe Realität, wie die das Kapital repräsentirenden Instrumente, zu dem sie gehören; und sie lassen sich daher um so weniger als integrirender Bestandtheil der dem Empfänger gezahlten und von ihm zu erstattenden Valuta betrachten.

Gründe: b. Der App.-Richter hält aus dem Grunde, weil zu einem Darlehnsvertrage nothwendig gehöre, daß der Darleiher dem Anderen die Sache zugestellt habe, es für erheblich, zu prüfen, ob Kläger die angeblich geliehene Sache,

---

weil das Empfangen die Obligation begründet. Wie das Empfangen geschieht, ob mittelbar oder unmittelbar, durch honorirte Anweisung, körperl. Uebergabe, Uebergabe an Dritte für den Empfänger, eigene direkte Besitznahme durch den Empfänger, ist gleichgültig, wenn der Empfänger nur mit dem Willen, Darlehnsschuldner zu werden, die Verfügungsgewalt erlangt. Ein Beispiel giebt Erk. b. In StrA. 35 S. 277 wurde der Empfang der Valuta bestritten, vom Kläger nachgewiesen, daß er die Darlehnssumme auf Verlangen des Beklagten einem Dritten ausgezahlt. Beide Instanzen wiesen wunderlicherweise ab, weil der Dritte keine schriftliche Vollmacht zur Empfangnahme gehabt. Das ObTr. vernichtete, weil der mündliche Auftrag und dessen Ausführung nach §§ 156, 165 I 5 u. §§ 215, 216 I 14 für den Bekl. bindend. Ebenso für Zahlungen an Dritte auf Rechnung des Empfängers, OHG. 5 S. 424. Vgl. § 72 I 13; l. 180 D. 50, 17. Solcher Fall lag nicht vor in StrA. 55 S. 1, wo A., um dem B. Kredit zu schaffen, auf seinem Grundstück für B. eine Darlehnsobligation zur Eintragung auf seinem Grundstück ausgestellt, B. an C. cedirt, C. hatte eintragen lassen und A. wegen nicht erhaltener Valuta auf Löschung gegen C. klagte und durchdrang. Die von C. an B. gezahlte Cessionsvaluta konnte nicht als das im Auftrage des A. an B. gezahlte Darlehn gelten, da zwischen A. u. C. keinerlei Abrede bestand. Demnächst ist aber, StrA. 55 S. 68, die actio doli des C. gegen A. auf Erstattung des an B. Gegebenen durchgedrungen, §§ 210—212 I 14. Auch die br. m. trad. ist hiernach zweifellos anwendbar, nicht das constit. poss., da der Empfänger durch das Darlehn gerade Besitz und Eigenth. erhalten soll. Dagegen neigt die gemeinrechtl. und, wie Erk. d. ergiebt, auch die preuß. Praxis dahin, in dem Behalten von Geld, welches aus einem anderen Schuldgrund geschuldet und zurückzuzahlen, mit dem beiderseitigen Willen, als Darlehn zu belassen und zu behalten, eine s. g. fiktive Tradition zu finden, durch welche unter Ersparung des Zahlens und Zurückzahlens die

was hier bestritten sei, auch im Besitze gehabt habe, solche mithin geben konnte. Er argumentirt dann, Kläger habe mehr als die mündliche Anweisung des W. und die Umschließung der in Rede stehenden Bäume durch einen Graben nicht behauptet, hierin liege noch keine Besitzübertragung auf den Kläger, und dieser habe daher seinen Besitz an den Bäumen und demzufolge seine Fähigkeit, diesen Besitz dem Erblasser der Beklagten zu übertragen, nicht dargethan, auch weiter nicht genügende Umstände angeführt, aus denen sich erkennen lasse, daß er zur Erfüllung des angeblichen Vertrages über ein uneigentliches Darlehn dem Erblasser der Beklagten die Bäume übergeben habe. Kläger sage weiter nichts, als daß er die Bäume dem S. eigenthümlich überlassen, und dieser sie habe abschneiden und abfahren lassen. Ein schriftlicher Vertrag liege nicht vor, es erhelle nicht, wie die Ueberlassung in Wirklichkeit erfolgt sei, Kläger könne Recht aus dem Darlehnsvertrage nur ableiten, wenn er nachweise, daß er seinerseits den S. in den Besitz der Bäume gesetzt habe, und beim Mangel thatsächlicher Unterlagen für diese Erfüllung seinerseits sei sein Anspruch nicht gehörig substanziirt.

Nach dieser Ausführung beruht die Entscheidung des App.-Richters offenbar auf der Annahme, Kläger als Darleiher müsse den Besitz der geliehenen Sache gehabt haben, um zur Uebertragung dieses Besitzes auf den Borger fähig zu sein, er müsse ferner seinerseits den Borger in diesen Besitz gesetzt, d. h. ihm die geliehenen Bäume übergeben haben, und wegen Mangels dieser Voraussetzungen für einen mündlich geschlossenen Darlehnsvertrag sei der Klageanspruch unbegründet, der Vorderrichter hält also die Behauptungen für unerheblich, daß der Erblasser der Beklagten die 60 Stämme habe abschneiden und abfahren lassen, auch später die von W. dem Kläger gegebenen Stämme von Letzteren geborgt zu haben anerkannt habe, und er sieht in diesen Umständen nicht die Erfüllung des mündlichen Darlehnsvertrages seitens des Klägers. Diese Ansicht ist irrig.

Das Röm. R. in seiner späteren Entwicklung beschränkte die Pflicht des Darleihers auf die Eigenthumsverschaffung der geliehenen Sache an den Borger und verlangte nicht, daß der Darleiher selbst Eigenthümer derselben sei.

Ein Hauptbeleg hierfür ist die l. 15 D. 12, 1: — — si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis — —, und diese Stelle zeigt, daß ein Darlehn gültig konstituirt werden konnte, selbst wenn der Darleiher nicht einmal den Besitz der geliehenen Sache hatte. Dasselbe

---

Voraussetzung des Darlehns, daß das Objekt aus dem Vermögen des Gebers in das des Empfängers gelangt, erfüllt wird. In dem im Erk. d. angezogenen StrA. 67 S. 157, das einen gemeinrechtl. Fall behandelt, hatte A. ein Darlehn an B. jun. gegeben, B. sen. die Darlehnsschuld übernommen, einen Schuldschein über das Darlehn ausgestellt. Darin ist die gültige Kontrahirung der Darlehnsschuld gefunden und ebenso wie im Erk. d. die Möglichkeit der Novation auch nach § 867 h. t. angenommen, l. 15 D. 12, 1; l. 1 D. 46, 2. Vgl. auch ObTr. 40 S. 138 (StrA. 30 S. 350 unt. Nr. 216a.). Aehnlich spricht OHG. 5 S. 253, 260 von einem darlehnsartigen Rechtsgeschäft in einem Falle, wo bei Auflösung der Sozietät der eine socius sich dem anderen zur Rückzahlung seiner baaren Einlage verpflichtet und über den Betrag in der Form eines trockenen Wechsels einen Schuldschein über die baar empfangene Einlage ausgestellt hatte. Das Erk. d., — mit welchem der PlBeschl. ObTr. 59 S. 1, Erk. b. Nr. 180, Bd. 1 S. 1008, 1010 in den Gründen übereinstimmt, — läßt die sehr fragliche fiktive Tradition fallen und setzt mit Bezug auf § 454 I 16 die Novation an deren Stelle, läßt das Behalten auf den neuen Rechtsgrund hin als Tradition gelten. Vgl. bei I 16. Ueber die Bedeutung der §§ 866—868 (Schuldschein über Nichtdarlehn als Darlehn ohne Novation) vgl. unt. Nr. 216a.

Das Erforderniß der Uebergabe zum Verbrauch liegt aber natürlich nicht vor, wenn der Empfänger nicht hat Eigenthümer werden sollen; das bloße Zuzählen des Geldes ohne diese Absicht genügt nicht. In StrA. 18 S. 116 klagte A. aus einem Schuldschein des B. gegen dessen Erben, welche einwendeten, daß B. die Valuta von A. nur erhalten, um sie sofort an den Sohn des A. als Pathengeschenk zu geben, und daß das Darlehnbekenntniß nur simulirt. Der 2. Richter hielt dies für unerheblich, für erheblich nur, ob das Geld an B. gezahlt, was offenbar falsch war.

Ist das Objekt als Depositum gegeben, aber mit der Ermächtigung, es im Bedürfnißfall

muß vom ALR. gelten, welches dem Darleiher eine Eigenthumsverschaffung nicht auferlegt, sondern sich mit der Hingabe der geliehenen Sache begnügt, weil schon hierdurch nach § 661, I 11 der Borger das Eigenthum erwirbt; es ist daher auch nach dem ALR. gleichgültig, ob der Darleiher Eigenthum oder Besitz gehabt hat. Der Empfang der geliehenen Sache mit der gesetzlich sich daran knüpfenden Folge des Eigenthumserwerbes bildet den alleinigen Inhalt des durch den Darlehnsvertrag dem Borger zugeführten Rechtes; die Hingabe, Uebergabe der Sache seitens des Darleihers ist nur eine Form für die Erfüllung der Verpflichtung des Letzteren, ist der modus acquirendi für den Borger, und gehört als bloße Form für die Vertragserfüllung gar nicht zum Inhalte des durch den Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses. Während dieser Inhalt, wie es die Natur des Vertrages mit sich bringt, vollständig zur Erfüllung gelangen muß und nicht durch etwas Anderes ersetzt werden kann, ist die äußere Form der Erfüllung, als dem eigentlichen Gegenstand des Vertrages nicht zugehörig, und als bloßes Mittel für den von den Kontrahenten allein gewollten Zweck, etwas Unwesentliches, sie kann beliebig in einer Handlung oder irgend welchen Umständen bestehen, durch welche der gewollte Zweck erreicht wird, und wenn nur dem Borger der ihm zugesicherte Gegenstand in Erfüllung des Darlehnsvertrages erworben ist, so gilt ihm gegenüber der Vertrag für erfüllt, gleichviel, ob sein Erwerb durch eine Handlung des Darleihers oder durch andere Thatsachen vermittelt worden ist. Hieraus folgt, daß ein Darlehn gegeben sein kann, nicht nur ohne daß der Darleiher Eigenthümer oder Besitzer des Darlehnsgegenstandes ist, sondern auch ohne daß er entweder selbst oder durch einen Dritten die Sache dem Borger übergeben hat, und namentlich muß es auch eine Erfüllung des Darlehnsvertrages darstellen, wenn der Borger einseitig ohne alles Zuthun des Darleihers sich in den Besitz der versprochenen Sache als einer ihm nach dem Vertrage zu leistenden Sache gesetzt hat. Letzteres ist vom Kläger behauptet, indem der Erblasser der Beklagten in Folge des Darlehnsvertrages die 60 Stämme an sich genommen und verwendet, dann auch das Borgen zugestanden haben soll; mit dieser Aneignung und Verwendung hat der Borger Alles erhalten, was er durch den Darlehnsvertrag beanspruchen konnte; ihm gegenüber ist dieser Vertrag für den Kläger erfüllt, und hierzu hat es nicht der Erfordernisse bedurft, daß Letzterer die Stämme

---

zu gebrauchen, so verwandelt sich nach §§ 83, 84 I 14 das depos. in Darlehn mit dem Gebrauch, ObTr. 76 S. 319; RG. 11 S. 319 zu §§ 83, 84 a. a. O. (kein depos. irreg.) Bei den s. g. Spaareinlagen, wie sie bei Spaarkassen, Genossenschaften üblich, wird danach regelmäßig nicht dep., sondern Darlehn anzunehmen sein, da es für den Begr. des Darlehns nicht darauf ankommt, ob die Hingabe im Interesse des Gebers oder des Empfängers geschieht, wenn auch letzteres die Regel, RG. 1 S. 204. Nicht Darlehn ist Krediteröffnung bei Dritten, StrA. 82 S. 238.

Daß die Tradition auch an Mehrere geschehn kann und bei Uebergabe des von Mehreren nachgesuchten Darlehnsobjekts an einen mit dem Willen der anderen die exc. n. n. pec. ausschließt, folgt schon daraus, daß in solchem Falle die Uebergabe an den einen wie die Uebergabe an Dritte mit dem Willen des destinirten Darlehnsschuldners wirken muß. Darüber und über correi aus einem Schuldschein vgl. Erk. a. Nr. 123, Bd. 1 S. 557, ObTr. 21 S. 421, das. S. 558 und ebenso noch StrA. 80 S. 232.

Daß der Geber Eigenthümer des Gegebenen, ist nach §§ 662 ff. nicht erforderlich; es hängt dies mit den §§ 45—47 I 15 über die Ausschließung der vindic. bei Geld u. Werthpapieren auf den Inhaber, den Objekten des eigentl. Darlehns, gegen den redl. Dritten zusammen. Das Besondere der §§ 665 ff. ist, daß im Falle der Empfänger in bona fide, die Darlehnsoblig. besteht, der Eigenthümer des Geldes in dieselbe eintreten kann, wenn er will, Darlehnsgläubiger mit seinem Eintritt wird. (Analog ist dies nicht anwendbar. Vgl. StrA. 72 S. 100 unt. Nr. 195, Bd. 2 S. 69. Fall des Verkaufs fremder Sache in eigenem Namen.) Der Eintritt kann aber nur bei Feststellung zwischen dem Eigenthümer und dem Geber, daß letzterer das Geld des ersteren zum Darlehn gegeben, erfolgen; er wird vorbereitet und gesichert durch die Untersagung, §§ 665, 666, an den Empfänger. Im Prozeß zwischen Eigenthümer und Empfänger, dessen Entscheidung für den Geber nicht präjudi-

besessen, die Fähigkeit zur Uebertragung ihres Besitzes gehabt und diesen Besitz auf den Erblasser der Beklagten übertragen hat.

Der § 653 a. a. O. gebraucht zwar die Worte „zum Verbrauche übergiebt", das Gewicht ruhet aber auf den Worten „zum Verbrauche", nicht auf der buchstäblichen Bedeutung von „übergiebt", und letzteres begreift überhaupt jede Lage der Dinge in sich, welche dieselbe Wirkung wie eine eigentliche Uebergabe für den Borger hervorgebracht hat. Der Ausdruck „gegeben" im § 853 a. a. O. ist in gleicher Weise aufzufassen, und hiernach ist der uneigentliche Darlehnsvertrag für den Darleiher als erfüllt anzusehen, wenn nur der Borger die versprochene Sache als ein Darlehn erhalten resp. in Besitz genommen hat, und der zweite Richter hat dadurch, daß er schlechterdings den Besitz und die Uebergabe seitens des Darleihers erforderte, die §§ 653, 853, 854 a. a. O. verletzt und die Natur und den wesentlichen Charakter des Darlehnsvertrages verkannt.

Gründe: c. Nach den Grundsätzen des ALR. ist das Rechtsgeschäft ein durchaus glültiges; denn nach § 653, I 11 bezieht sich der Begriff des eigentlichen Darlehns nicht blos auf ausgemünztes Geld, sondern auch auf geldwerthe, an jeden Inhaber zahlbare Instrumente, und nach § 793 muß, wenn die Valuta eines Darlehns in Actien, Pfandbriefen oder anderen, an jeden Inhaber zahlbaren Papieren gegeben worden, die Rückzahlung in Papieren von eben der Art erfolgen.

Die Klägerin hat indessen in der aufgestellten Schuldurkunde noch besondere Verpflichtungen übernommen; sie hat sich verpflichtet, dem Gläubiger, wenn am Zurückzahlungstermine die Staatsschuldscheine unter 75 Prozent stehen sollten, diese Differenz zu erstatten, wogegen der Vortheil dem Gläubiger zu Gute kommen solle, wenn die Staatsschuldscheine sodann über 75 Prozent stehen sollten. Diese letztere Stipulation ist offenbar etwas Ueberflüssiges. Denn insofern es gesetzlich zulässig ist, so wie geschehen, die Rückzahlung des Darlehns in Staatsschuldscheinen zu verabreden, wenn also der Gläubiger ein gesetzlich begründetes Recht auf Zahlung in Staatsschuldscheinen hat, so versteht sich ganz von selbst, daß der Gewinn, welcher durch den steigenden Kurs der Staatsschuldscheine entsteht, dem Gläubiger zu Gute kommt. Es ist dies eine natürliche Folge davon, daß die Rückzahlung des Darlehns in Papieren derselben Art gesetzlich zulässig ist. In so weit kann daher von einer den Gesetzen zuwiderlaufenden Stipulation nicht die Rede sein.

Anders verhält es sich dagegen mit der von der Schuldnerin übernommenen

---

zirlich sein würde, kann das Eigenth. an der Darlehnsforderung nicht festgestellt werden. So OHG. 24 S. 370, wo die Ehefrau A. an B. Geld ausgeliehen, ein Gläubiger des Ehemanns A. sich die Darlehnsforderung hatte überweisen lassen und auf Zahlung gegen B. klagte, wobei streitig wurde, ob die Ehefrau des A. das Geld aus ihren Mitteln oder dem Wirthschaftsgeld gegeben hatte. Das OHG. führt aus, daß dieser Streit unerheblich, weil die Ehefrau A. (die überdies mit Genehmigung ihres Ehemanns geliehen hatte), jedenfalls Darlehnsgläubigerin geworden, der Anspruch des Ehemanns A. nur durch Klage gegen die Ehefrau zu konstatiren. Im Uebrigen setzen die §§ 665 ff. selbstverständlich voraus, daß der Geber durch das fremde Geld für sich die Forderung begründet hat. In StrA. 97 S. 60 hatte der Vormund A. aus dem Vermögen des Mündels B. Darlehn an C. gegeben, — vgl. jetzt § 42 Nr. 12 VormO., — aber ausdrücklich als Geld des B. und mit der Bedingung der Rückzahlung an B., obwohl der Schuldschein für ihn selbst ausgestellt war. Als seine Erben das Darlehn einzogen, klagte B. gegen sie auf Erstattung. Der 2. Richter wies ab, weil B. nur Regreß gegen die Erben habe, falls C. nicht zahle. Das ObTr. deduzirt, daß §§ 662, 663 h. t. nicht anwendbar, weil der Vormund nicht habe Gläubiger werden wollen und sollen, die Ausstellung des Schuldscheins auf seinen Namen gleichgültig, B. Gläubiger geworden, der Vormund die Verpflichtung gehabt, für B., nicht für sich einzuziehen, eine Verpflichtung, welche auf die Erben übergegangen. Außerdem ist in § 662 vorausgesetzt, daß der Empfänger nicht nur das fremde Eigenthum, sondern auch die Nichtbefugniß des Gebers, über dasselbe zu verfügen, kannte. In StrA. 74 S. 332 hatte A. dem B. ohne schriftl. Vertr. die Verwaltung seines Vermögens übertragen, B. dem C. daraus ein Darlehn gegeben, das C. an B. zurückgezahlt. Diese Zahlung setzte C. der Klage des Erben des A. auf Rückzahlung entgegen. Nach § 663 kann der Empfänger im Falle § 662 die Zahlung an den Geber unbedenklich nicht einwenden, das ObTr. wies die Anwendung des § 663 aber und die Klage ab, weil nach der Sachlage

Verpflichtung, dem Gläubiger den niedrigeren Kurs zu vergütigen, welchen die Staatsschuldscheine bei der Rückzahlung haben möchten. Es kann indessen die Frage, ob eine solche Stipulation rechtliche Wirkung habe, für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Denn wenn auch diese Frage zu verneinen wäre, so würde doch die rechtliche Wirkungslosigkeit solcher Stipulation eben nur auf diese Stipulation, nicht auf das ganze Geschäft zu beziehen sein. Dieser Theil des Nebenvertrages würde daher als nicht vorhanden zu betrachten, die vertragsmäßige Einigung, daß das in Staatsschuldscheinen gegebene Darlehn in Staatsschuldscheinen zurückgezahlt werden soll, aber gleichwohl in Kraft bleiben.

Hiervon ausgegangen, ist daher nach den Grundsätzen des ALR. die Klägerin verpflichtet, das mit 1100 Thlrn. in Staatsschuldscheinen empfangene Darlehn am Zahlungstage in Staatsschuldscheinen zurückzugeben, oder was in der Wirkung gleich ist, den Werth der Staatsschuldscheine zu erstatten, welchen dieselben nach dem an diesem Tage bestandenen Kurse hatten. Der App.-Richter, indem er in Widerspruch hiermit den Kurswerth der Staatsschuldscheine nach dem Kurswerth zur Zeit des eingegangenen Darlehnsgeschäfts zum Grund legt, hat diese Entscheidung durch die zur Anwendung gebrachte Dekl. v. 4. April 1811 zu rechtfertigen gesucht. Dem Kläger muß jedoch darin beigetreten werden, daß diese Vorschrift mit Unrecht angewendet worden.

Unter dem 15. Febr. 1809 war ein Gesetz ergangen, nach dessen § 1 es bei Darlehnsgeschäften während der Zeit bis zum letzten Dez. 1810 gestattet war, beliebige Zinsen mit rechtlicher Wirkung auszubedingen. Der § 5 dieses Gesetzes bestimmte insbesondere: Es ist erlaubt — alle Arten inländischer Staatspapiere bei Darlehnen statt baaren Geldes zu geben und sich die Rückzahlung in baarem Gelde nach ihrem Nominalwerthe auszubedingen.

In einer späteren V. v. 14. Juni 1810, durch welche der allgemeine Indult bis zum 24. Juni 1811 verlängert ward, war gesagt, daß es übrigens bei dem Ablaufe der gesetzlichen Kraft der V. v. 15. Febr. 1809, durch welche die Wuchergesetze suspendirt worden sind, mit dem 31. Dez. 1810 sein Verbleiben habe.

Es war aber Zweifel darüber entstanden, ob hierdurch auch die im § 5 des Gesetzes v. 15. Febr. 1809 enthaltene Erlaubniß, öffentliche Papiere nach ihrem Nennwerth bei Darlehnen in Zahlung zu geben, wieder aufgehoben sei. Dieser Zweifel ward durch die Dekl. v. 4. April 1811 dahin entschieden, daß auch der § 5

C., obwohl er das Eigenthum des A. gekannt, nicht gewußt, daß B. zur Ausleihung nicht befugt, die Zahlung an B. ihn deshalb befreit.

In den §§ 671 ff., Ausleihen eigenen Geldes auf fremden Namen, ist nach § 672 offenbar vorausgesetzt, daß der Dritte Darlehnsgläubiger werden soll und will. Will er es nicht, so müßte nach allgem. Grundsätzen die Darlehnsobligation fortfallen; nach § 673 ist aber anzunehmen, daß in solchem Falle das Darlehn zwischen dem Geber und Empfänger bestehn bleibt.

Wesentlich ist endlich die Verpflichtung zur Rückgabe in genere u. quanto. Daß aus § 730 Nr. 4 nicht folgt, daß diese Verpflichtung ausdrücklich übernommen, mit Worten, daß es genügt, wenn diese Verpflichtung als gewollt zu entnehmen, wird in der Praxis konstant festgehalten. Wer Darlehn behauptet oder ein Darlehn bekennt, behauptet und bekennt damit ohne Weiteres die Verpflichtung zur Rückzahlung, StrA. 6 S. 332; 78 S. 119; 19 S. 182, und wer baaren Empfang mit Rückzahlungs- u. Zinspflicht, StrA. 19 S. 19, oder Erstattungspflicht, OHG. 14 S. 64, oder auch nur Empfang und Zinspflicht, § 803; StrA. 1 S. 305, behauptet oder bekennt, behauptet und bekennt damit Darlehn. In StrA. 1 S. 305 klagte der Vater gegen den Sohn aus einem Reverse, in welchem dieser Empfang bekannt u. Verzinsung versprochen; der Sohn behauptete Schenkung; die Vermuthung dafür ist durch den Inhalt des Reverses für beseitigt erachtet und angenommen, daß aus der Zinspflicht die Vermuthung für Darlehn begründet. In OHG. 5 S. 424 wird auch „Vorschießen" nach der gewöhnlichen Bedeutung als Darlehn aufgefaßt, wobei indessen zu beachten, daß Vorschuß in anderem Sinne auch als kreditirte Leistung auf Gegenleistung gilt. Sicher ist aber, daß nicht erforderlich, daß ausdrücklich als Darlehn gegeben, wenn die Erstattungspflicht sonst zu entnehmen, OHG. 14 S. 64 u. StrA. 25 S. 37 (weiter unten). Vgl. übrigens den Fall StrA. 37 S. 85 unt. Nr. 70, Bd. 1 S. 274, wo die Uebernahme der Verpflichtung zur

jenes Gesetzes aufgehoben sei und hinzugefügt: daß es also, unangesehen was frühere Reskripte deshalb verfügen, fernerhin nicht erlaubt sein soll, Staats- und ständische Obligationen, Pfandbriefe oder andere Arten von öffentlichen Papieren, welche für den vollen Werth nicht ausgegeben werden können, bei Darlehnen statt baaren Geldes in Zahlung zu geben und sich die Zurückzahlung in baarem Gelde nach dem Nominalwerthe der Papiere auszubedingen, vielmehr sollen die Darleiher nur berechtigt sein, dergleichen in Zahlung zu gebenden Papiere nach dem jedesmaligen Cours in der Hauptstadt der Provinz, worin das Geschäft abgeschlossen wird, dem Schuldner in Rechnung zu stellen.

Nach der geschichtlichen Entstehung dieser Deklaration und nach deren Wortlaute ist es klar, daß dieselbe lediglich den Fall betrifft, wenn Papiere, die unter dem Nennwerth stehen, gleichwohl beim Darlehn nach ihrem Nennwerthe, also zum Vollen, in Zahlung gegeben und die Zurückzahlung in baarem Gelde zum Vollen verheißen wird. Ein solches Geschäft will die Deklaration als ein wucherliches nicht gestatten und mit Recht, da die Ungerechtigkeit nicht zu verkennen ist, welche darin gefunden werden muß, wenn Papiere, die unter dem Nennwerthe stehen, und die also jeden Augenblick für den geringeren Preis zu erhalten sind, beim Darlehn zum Vollen in Zahlung gegeben werden.

Der Fall, daß das Darlehn in öffentlichen Papieren gegeben und dessen Rückzahlung in denselben Papieren verheißen wird, ist durch die Dekl. v. 4. April 1811 nicht berührt und kann durch dieselbe auch nicht berührt sein. Die Entstehung der Deklaration läßt gar nicht zweifelhaft, daß es darauf abgesehen gewesen ist, den Rechtszustand so wieder herzustellen, wie derselbe vor dem Erlasse des Ges. v. 15. Febr. 1809 bestanden hatte, insbesondere also auch dessen Bestimmung im § 5 zu beseitigen, nach welcher es zeitweilig gestattet worden war, inländische Staatspapiere statt baaren Geldes zu geben und sich die Rückzahlung in baarem Gelde, nach dem Nominalwerthe jener Papiere, auszubedingen. Nach der vor dem 15. Febr. 1809 bestandenen Gesetzgebung, also nach den Grundsätzen des ALR. ist aber ein Darlehn in geldgleichen Papieren, wobei die Rückzahlung in Papieren derselben Gattung verheißen worden, ein durchaus erlaubtes Geschäft; von einem Wucher kann also insoweit nicht die Rede sein. Die Schlußworte in der Deklaration, auf welche der Appellationsrichter hauptsächlich Gewicht legt, „daß die in Zahlung zu gebenden Papiere nach dem jedesmaligen Course dem Schuldner in Rechnung gestellt werden sollen“ sind hiernach nicht auf den Fall zu beziehen, wenn, wie hier, die Rückzahlung

---

Rückerstattung eidlich abgelehnt war, dem Kläger, der dem Bekl. das Geld zur Bezahlung der Kosten, die derselbe im Kaufvertrage mit dem Kläger übernommen, gegeben, schließlich mit der condictio sine c. geholfen wurde.

Die Verpflichtung geht begrifflich auf Rückerstattung in genere u. quanto, §§ 653, 793. Bei Versprechen eines minus liegt bezüglich der Differenz Schenkung vor; ein plus kann nur als Vergütung für das Darlehn versprochen werden. Vgl. §§ 815—817 h. t. u. darüber unt. Nr. 217. Daß § 793 nicht durch die Dekl. v. 4. April 1811 aufgehoben, sondern fortbesteht, ist im Erk. c. nachgewiesen, auch in StrA. 41 S. 159; OHG. 7 S. 344; 20 S. 303 in gleicher Weise angenommen, und unbedenklich, da durch den höheren oder niedrigeren Kurs weder Quantum noch genus verändert, das aus den §§ 786, 789, 791, 794, 795 h. t. folgende allgem. Prinzip, daß der Empfänger regelmäßig zurückgiebt, was das Empfangene zur Zeit der Hingabe werth war, nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 793 cessirt. Dasselbe genus konnte auch angenommen werden in OHG. 20 S. 303, wo zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Mitgliede des Aufsichtsraths ein Vertrag geschlossen, daß die Gesellschaft ermächtigt, die von dem Mitgliede als Kaution deponirten alten Aktien zur Deckung dringender Bedürfnisse zu verkaufen und in Aktien der projektirten neuen Emission zurückzugeben. Das OHG. hat diesen Vertrag als Darlehnsvertrag behandelt und als die neue Emission nicht zu Stande kam, die §§ 794, 795 zur Anwendung gebracht. Vgl. unt. Nr. 216. In dem Erk. wird dies aber mit dem weiter gehenden Satze begründet, daß eine dem Begriff des Darlehns widersprechende Verschiedenheit des verabredeten Objekts der Rückerstattung nicht vorliege, wenn beide Gegenstände die Natur des Geldes haben. Dabei ist auf § 793 verwiesen und ausgeführt, daß die Dekl. v. 4. April 1811 Abmachungen, daß in baar zurückzuzahlen, wenn in Papieren gegeben, nur als Wucher, nicht als dem Begr. des

in denselben Papieren verheißen ist; sie haben vielmehr nur den Fall vor Augen, daß geldgleiche Papiere, wiewohl unter dem Nennwerthe stehend, zum vollen Werth auf die Valuta angerechnet werden, die Valuta baar verschrieben und dem entsprechend die Rückzahlung in baarem Gelde, nicht nach dem Courswerth zur Zeit des eingegangenen Darlehnsgeschäfts, sondern nach dem Nominalwerth der öffentlichen Papiere ausbedungen werden. Nur ein solches Geschäft soll als wucherlich betrachtet werden. Hiernach hat der App.-Richter allerdings die Dekl. v. 4. April 1811 durch unrichtige Anwendung und die §§ 653, 693 I 11 ALR. durch Nichtanwendung verletzt.

Gründe: d. Der App.-Richter verkennt nicht, daß durch die dem Kläger vom Verklagten ausgestellte Urkunde, weil darin nicht nur ein Anerkenntniß, daß die dort bezeichnete Schuld des Verklagten noch bestehe, enthalten sei, sondern dieser sich auch ausdrücklich verpflichte: „die eingeklagte Summe als Darlehn zu verzinsen und nach Kündigung baar zu zahlen", die bereits eingetreten gewesene Verjährung der Forderung des Klägers beseitigt worden sei. Er hält aber gleichwohl den Verjährungseinwand des Verklagten für durchgreifend, weil „die rechtliche Natur der neuen Schuld durch die Ausstellung der Urkunde nicht geändert werde, ALR. I 11 § 867, dieselbe vielmehr, gleich der alten, der kurzen Verjährung von zwei Jahren, welche vom Tage der Urkunde bis zur Anstellung der Klage verlaufen gewesen, unterworfen sei".

Hierin findet der Kläger mit Recht eine Verletzung des § 867 I 11 durch unrichtige Anwendung.

Dieser den Vorschriften über den Darlehnsvertrag, insbesondere über das Kreditiren angehörende § schreibt im Anschlusse an den § 866, nach welchem jede rückständige Zahlung nach der Natur des Geschäftes, aus welchem die Verbindlichkeit dazu entstanden ist, beurtheilt werden muß, vor: daß es also die Natur des ursprünglichen Geschäftes, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit enstanden ist, noch nicht ändert, wenn gleich über die schuldige Summe ein Schuldschein, als über ein Darlehn, ausgestellt worden.

Hierdurch ist ein Mehreres nicht gesagt, als daß durch die mit dem wahren Vertrags-Verhältnisse nicht übereinstimmende, also unrichtige, Bezeichnung der schuldigen Summe als Darlehn, diese nicht die rechtliche Natur eines Darlehns annehmen, daß vielmehr, ungeachtet jener wahrheitswidrigen Bezeichnung, auf dasjenige Rechtsgeschäft, aus welchem die Verbindlichkeit in der That entstanden ist, bei der Beurtheilung des aus demselben hervorgegangenen Rechtsstreites zurückgegangen

---

Darl. widersprechend verbiete. Auch RG. 3 S. 324 nimmt an, daß es statthaft, sich bei Darlehn in Inhaberpapieren, die zum Parikurs stehn, die Rückzahlung in baar nach dem Nominalbetrage zu bedingen. Dafür sind §§ 794, 795 h. t., § 84 I 16 geltend gemacht. Dasselbe ist übrigens in einem Erk. des ObTr. aus dem Jahre 1810 in S. u. v. Str. N. 1 S. 188, wo es sich um Tresorscheine u. Seehandlungsobligationen handelte, angenommen. Die §§ 794, 795 passen nicht, weil sie einen anderen Fall treffen, eher § 84 I 16 und die Erwägung, daß die Objekte, die § 653 als Darlehnsobjekte bezeichnet, nicht als Waaren im Sinne § 715 h. t. erachtet werden können, § 715 deshalb jedenfalls nicht entgegensteht. Aus dem „muß" in § 793 folgt nicht nothwendig, daß die Rückgabe in natura zum Begriff gehört, wenn darunter nur die Verpflichtung des Empfängers ohne andere Abrede verstanden werden kann. Allerdings bleibt dann die Grenzlinie zwischen Darlehn u. dem Kreditverkauf solcher Papiere noch zu ziehen.

Ganz unbedenklich ist, daß der modus der Rückzahlung durch Abreden geändert werden kann, bei der Begründung der Darlehnsobligation sowohl wie durch nachträgliche Abreden. So StrA. 6 S. 332, wo ein Darlehn unter der Abrede der Verrechnung auf das künftige Erbtheil gegeben, der Empfänger dann aber nicht Erbe geworden war. Aus solcher Abrede folgt nur, daß jedenfalls vor dem Tode des Gläubigers nicht zurückzuzahlen, nicht, daß überhaupt nicht zurückzuzahlen, sondern daß zu verrechnen, falls u. soweit Erbtheil erwächst, sonst zu zahlen. In StrA. 25 S. 37 hatte A. an B. zum Bau und Einrichtung einer Wohnung, welche er bei B. beziehen wollte, einen baaren Vorschuß mit der Abrede gegeben, daß er durch die Miethe, die noch zu verabreden, abgetragen werden solle. Der Miethsvertrag kam, obwohl A. die Wohnung bezog, nicht zu Stande, da Einigung über die Miethe nicht erzielt wurde, A. verließ die Wohnung und klagte auf Zahlung des Vorschusses nach Kündigung unter

werden soll. Von einem Falle, wie ihn hiernach der § 867 zu seiner Anwendbarkeit voraussetzt, ist aber der hier vorliegende wesentlich verschieden. Denn nachdem der Richter angeführt, daß der Verklagte in zweiter Instanz geltend gemacht habe, der Schuldschein enthalte „einen neuen Rechtsgrund, eine neue causa civilis obligandi", erkennt er durch seine vorerwähnte Argumentation, daß die Natur der neuen Schuld durch den Inhalt des Schuldscheines nicht geändert werde, dieselbe gleich der alten der kurzen Verjährung von 2 Jahren unterworfen sei, an, daß die Kontrahenten die Substituirung einer neuen Schuld an Stelle der alten unter sich vereinbart hätten. In Folge dieses Anerkenntnisses durfte er seiner Entscheidung nicht den auf ein derartiges Sachverhältniß nicht bezüglichen § 867 zum Grunde legen; er hatte vielmehr zu prüfen, ob durch jene Vereinbarung der Parteien materiell eine Aufhebung der früheren Kaufgelderschuld eingetreten und an Stelle derselben eine Darlehnsschuld desselben erzeugt worden sei.

In Uebereinstimmung hiermit sagt Bornemann (System. Darst. des preuß. Civil-R., 2. A., 3 S. 182) in Bezug auf den § 867 cit.: „Wenn eine wirkliche Novation stattgefunden habe, z. B. dem Bevollmächtigten oder Depositar das eingezogene, resp. deponirte Geld als Darlehn belassen sei, könne nicht mehr auf die Natur des ursprünglichen Geschäftes zurückgegangen werden". Auch ist bereits in StrA. 67 S. 157 ausgesprochen, daß jener § 867 eine gültig vollzogene Novation nicht ausschließe.

Das angefochtene App.-Urtel unterliegt daher wegen Anwendung dieses § auf einen Fall, für welchen er nicht paßt, der Vernichtung.

In der Sache selbst läßt der Ausdruck „darlehnsweise", in Verbindung mit dem Versprechen der Verzinsung und der Zurückzahlung nach vorgängiger Kündigung keine andere Deutung zu, als daß eine vertragsmäßige Vereinbarung unter den Parteien dahin zu Stande gekommen ist, daß die Verpflichtung des Verklagten aus dem früheren Kaufvertrage aufhören, und er in Bezug auf die dem Kläger aus demselben schuldige Summe in das Rechtsverhältniß eines Darlehnsschuldners zu dem Kläger treten solle. Nun ist zwar in dem bis in die neueste Zeit fortgesetzten Streite über das Wesen der Novation (Förster, Th. u. Praxis 1 S. 596; Koch, Uebergang der Forderungsr. S. 290) die Frage noch nicht zum Austrage gebracht,

---

Abzug angemessener Vergütigung für die Zeit, in welcher er die Wohnung benutzt. Der 2. Richter forderte einen Eid vom Bekl., daß er den Vorschuß nicht als Darlehn erhalten, das ObTr. vernichtete und verurtheilte, weil offenbar Darlehn mit Abrede der Rückzahlung durch compens. vorlag und, soweit die zu kompensirende Gegenforderung nicht entstanden, die Verpflichtung zur baaren Rückzahlung von selbst eintrat. Unbedenklich ist auch S. u. v. Str. R. 2 S. 248, wo A. Darlehn erhalten, in dem Schuldschein aber stipulirt war, daß der Gläubiger sich nur an das verpfändete Grundstück halten dürfe. Der 2. Richter erklärte dies als dem Begr. des Darl. widersprechend für ungültig, weil der deb. von seiner persönl. Verbindlichkeit befreit, in Bezug auf den Ausfall Schenkung (ohne gerichtl. Form) vorliege. Das ObTr. vernichtete, weil nur modus der Tilgung verabredet. In StrA. 18 S. 75 hatte A. an B. 1826 ein Darlehn in Staatsschuldscheinen gegeben und Hypoth. dafür erhalten. 1828 schlossen beide einen Vertrag, daß das Darlehn nach dem damaligen Kurse von 90 Kourant zu fixiren. Auch dies wurde eingetragen, bei der späteren Subhastation das Liquidat von nachstehenden Gläubigern angefochten, weil die letzte Abrede unzulässig, nur der Kurs von 85, wie er zur Zeit der Liquidation stand, gefordert werden könne. Das ObTr. hat dies gegen den 2. Richter verworfen, weil wenn 1828 die Rückzahlung aus dem Grundstück erfolgt, der damalige Kurs zu zahlen gewesen wäre, § 793, der Vertrag von 1828 nichts Anderes stipulire und deshalb gültig. Vgl. auch StrA. 89 S. 325 unt. Nr. 216. Solche nachträgliche Abreden zur Tilgung der gültig begründeten Darlehnsobl. werden in weiterem Umfange, z. B. auch datio in sol., zuzulassen sein.

Das uneigentl. Darlehn, §§ 853—860, setzt als Objekt Sachen irgend welcher Art, fungible oder nichtfungible, voraus, und steht unter den Regeln des eigentl. Darlehns, § 853, aber nicht ausnahmslos. So wird in §§ 665 ff. die Vindikation nach den allgem. Grundsätzen bis zum Verbrauch zuzulassen sein, die Darlehnsoblig. erst mit dem Verbrauch für den Eigenthümer wirken.

ob eine Umwandlung eines Kaufkontraktes, als Konsensualvertrages, in einen Darlehns-Kontrakt mittelst des Rechts-Institutes der Novation nach dem röm. Rechts-Systeme, und selbst nach strenger Theorie des heutigen Rechtes für statthaft zu erachten sei. Allein schon die gemeinrechtliche Praxis knüpfte in derartigen Fällen an den auf Konstituirung eines Darlehns gerichteten Willen der beiderseitigen Kontrahenten die Fiktion einer erfolgten Tradition des Geldes und gelangte so zur Anerkennung einer wirksamen Novation. Dieser Praxis entsprechend, läßt das ALR. im § 454 I 16 unbeschränkt eine Novation dann eintreten, wenn an die Stelle einer früher bestandenen Verbindlichkeit ausdrücklich eine neue gesetzt wird. Das ObTr. hat auch bereits in mehreren derartige Fälle betreffenden Erkenntnissen ausgeführt, daß die Umwandlung schuldigen Kaufgeldes in ein Darlehn nach den §§ 454, 455 I 16 zu beurtheilen sei. Verlor aber hiernach die Schuld des Verklagten mittelst der Urkunde v. 1. Okt. 1863 die rechtliche Natur eines Kaufgelder-Rückstandes für Waaren und nahm sie dagegen den rechtlichen Charakter eines Darlehns an, so muß auch von dem Tage der Ausstellung der Urkunde ab die Anwendbarkeit des auf Darlehen nicht bezüglichen Ges. v. 31. März 1838 ausscheiden, während rücksichtlich der früheren Zeit die Verjährung in Gemäßheit des § 564 I 9 ALR. durch die Ausstellung des einen neuen Rechtsgrund erzeugenden Reverses beseitigt wird.

Nr. 215. §§ 674—677, 678—703; Anh. §§ 20—23; §§ 704 bis 706, 707—712 (690), 713, 714, §§ 861—865. (I 14 §§ 252 bis 254; 18 § 274; II 2 §§ 127—129.) Darlehn. Darlehnsfähigkeit. Die Beschränkungen. Darlehen an Militärpersonen. Kreditiren. versio in rem.*)

a. PlPräs. 2659 v. 18. Febr. 1856; ObTr. 32 S. 1 (StrA. 20 S. 349).
b. Erk. v. 21. Juli 1838; ObTr. 4 S. 93.

Im Falle a. hatte A. dem Subalternoffizier B. ein Darlehn ohne Konsens gegeben, C. sich dafür schriftlich verbürgt. Als A. gegen C. klagte, kam in Frage, ob die Bürgschaft nach §§ 252—254 I 14 gültig oder ungültig. Das Plenum hat Ersteres angenommen. — Im Falle b. klagte ein Speisewirth gegen den Vater eines Portepeefähnrichs aus der nützlichen Verwendung eine Summe für Speise ein, welche er dem Sohn auf Kredit verabreichte. Die Klage ist gegen beide Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Die §§ 678 ff. I 11, welche von den Darlehnen der Offiziere handeln, befinden sich unter dem Rubrum: „Von den Personen, welche Darlehnsverträge schließen können", und sind von den Vorschriften geschieden, welche unter dem Rubrum: „von Darlehnen zu einem unerlaubten Zwecke, oder wo Waaren statt baaren Geldes gegeben worden" zusammengefaßt sind. Schon hieraus erhellt, daß der Grund der Beschränkung der Subalternoffiziere bei Aufnahme von Darlehnen lediglich in der persönlichen Eigenschaft der Subalternoffiziere zu suchen sei. Dies bestätigen überdies die §§ 707 und 713 a. a. O., worin ausdrücklich und ohne Unterschied in Ansehung der in den §§ 674 ff. genannten Personen bestimmt wird, daß, wenn Jemand seine Unfähigkeit, Darlehne aufzunehmen, verheimlicht hat, die Sache nach den Vorschriften I 5 §§ 31 bis 36 zu beurtheilen sei, so wie, daß die

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 370 Nr. 2, § 373; Dernburg 2 § 177; Förster (Eccius) 2 § 137_{72}; RMilitGes. § 42. Ueber Darlehn zum Spiel, § 581 h. t., Nr. 206, Bd. 2 S. 166. — Aus der Natur des Darlehns als Realvertrag, § 727 h. t., folgt so

Wirkung eines Anerkenntnisses des Verpflichteten nach gehobener Unfähigkeit ebenfalls nach den Vorschriften I 5 §§ 37, 38 beurtheilt werden solle. Diese Vorschriften müssen, wie auch das ObTr. in Bezug auf das Anerkenntniß in dem Präj. 1737 angenommen hat, bei ihrer ganz allgemeinen Fassung ohne Zweifel auch auf Darlehne der Subalternoffiziere bezogen werden. Wenn dies aber der Fall ist, dann wird die Ansicht, daß den Subalternoffizieren die Befugniß, Darlehne aufzunehmen, lediglich wegen ihrer persönlichen Eigenschaft entzogen worden, in hohem Grade gerechtfertigt, indem entgegengesetzten Falls dem bloßen Anerkenntnisse eine rechtsbegründende Wirkung nicht hätte beigelegt werden können. Es läßt sich dagegen auch nicht anführen, daß der § 713 aus dem Gesetzbuch, in welchem die Subalternoffiziere freier gestellt waren, hinüber genommen sei, und man bei der Umarbeitung desselben übersehen haben möge, die Nichtanwendung dieser Bestimmung auf Subalternoffiziere auszusprechen. Denn aus dem in den Jahrbüchern für die Preuß. Gesetzgebung abgedruckten amtlichen Schlußbericht erhellt, daß das Kriegsdepartement und die Redaktoren des ALR. dahin einverstanden gewesen, daß auf Anerkenntnisse nach weggefallenem Statu militari die allgemeinen Vorschriften I 5 §§ 37, 38 anzuwenden seien. (Jahrb. Bd. 41 S. 34, 38, 47.)

Schon diese Auffassung des Grundes, aus welchem das Gesetz die ohne Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs geschlossenen Darlehnsverträge der Subalternoffiziere für null und nichtig erklärt, führt konsequent zu der Anwendung des § 254 I 14 ALR. auf Bürgschaften, welche für die Forderungen aus solchen Darlehnsverträgen übernommen worden. Eben dahin führt aber auch eine nähere Betrachtung der einzelnen Bestimmungen über die Darlehne der Subalternoffiziere. An und für sich können hiernach auch solche Offiziere durch Darlehnsverträge verpflichtet werden. Sie bedürfen nur, gleich den Ehefrauen und Kindern unter väterlicher Gewalt, zur Ergänzung ihrer Persönlichkeit des Konsenses einer anderen Person. Fehlt dieser Konsens, so ist der Darlehnsvertrag dergestalt null und nichtig, daß der Gläubiger niemals die geringste Wiederbezahlung zu hoffen hat, gerade so, wie Schulden, welche eine Ehefrau in Ansehung des eingebrachten Vermögens ohne Bewilligung des Mannes gemacht hat, für nichtig erklärt werden, und der Gläubiger aus dem Darlehnsvertrage als solchem niemals auf die geringste Wiederbezahlung hoffen darf (§ 684 I 11, § 320 II ALR.). Jedoch ist das Verhältniß der Subalternoffiziere anders behandelt, als das der Ehefrauen und Kinder unter väterlicher Gewalt, und gerade diese Abweichungen von den bei persönlich unfähigen Personen im Allgemeinen geltenden Regeln beweisen um so mehr für die Anwendbarkeit des § 254 I 14 auf Schulden der Subalternoffiziere. Es bestimmt nämlich 1) der § 684 I 11, daß das wirklich Gegebene der Invaliden-Kasse (jetzt Regierungs-Haupt-Kasse) unwiderruflich zur Strafe anheimfalle, und 2) enthalten die Gesetze eine Reihe von Ausnahmen zu Gunsten der Gläubiger.

Anlangend den ersten Punkt, so hat die Dekl. v. 27. Juli 1825, in Uebereinstimmung mit der in den Jahrb. Bd. 41 S. 40 abgedruckten AKO. v. 25. September 1789 bestimmt, daß unter den Worten „das wirklich Gegebene" keineswegs das von dem Schuldner dem Gläubiger Zurückgezahlte, sondern

---

wenig für das R. u. gem. R. wie für das ALR., daß der Vertragsunfähige aus dem Geben oder Empfangen Darlehnsgläubiger oder Darlehnsschuldner wird, da die Uebergabe und der Empfang zum Verbrauch (Eigenth.) die Elemente der Willenserklärung in sich trägt, nur als solche und unter den allgem. Voraussetzungen wirkt, § 674 h. t. Die Vertragsfähigkeit ist aber speziell in Bezug auf Darlehne noch besonders beschränkt, §§ 676 ff. In den §§ 676, 677 (Prinzen und Prinzessinnen) und §§ 704 ff. (Königl. Schauspiel u. Hofkapelle) ist nicht eigentlich die Vertragsfähigkeit beschränkt, sondern der Obligation die Klage zeitweise entzogen. Nach StrA. 1 S. 214 sollen die §§ 704—706 auf Wechselklagen, auch wenn ihnen ein Darlehn zum Grunde liegt, nicht anwendbar sein. (?) Von besonderer Bedeutung sind die §§ 678 ff. über die Darlehne der Militärpersonen, der aktiven Soldaten, Unteroffiziere, Subalternoffiziere. (Anlage zum MilStGB.) Ueber die Bedeutung der Vorschriften verhält sich ausführlich der PlBeschl. Erk. a. Der Ausdruck „null u. nichtig" in § 684 ist danach inkorrekt. Denn danach hat der Darlehnsgläubiger, gegen den die Vorschrift sich richtet, zwar keine Klage und der

derjenige Kapitalsbetrag zu verstehen sei, welchen der Gläubiger dem Schuldner wirklich gezahlt hat, und daß zu dessen Zurückforderung die Invaliden-Kasse statt des ursprünglichen Gläubigers berechtigt sein solle. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wie auch in den Motiven zur Revision des ALR. angenommen worden, der Subalternoffizier das Zurückgezahlte nicht condiciren könne, und daß noch weniger Fiskus zu einer solchen Condiction befugt sei. Zwar hat man sich zum Beweise des Gegentheils auf eine in dem Band 41 der Jahrb. abgedruckten amtlichen Schlußbericht S. 54, 55 enthaltene Aeußerung von Suarez und darunter befindliche Bemerkung von v. Goldbeck bezogen. Es ist dort bemerkt, daß der § 170 I 16 ALR. ebenfalls auf Zahlungen, welche Subalternoffiziere aus nicht konsentirten Darlehns-Kontrakten geleistet haben, anzuwenden und vom Minister von Goldbeck die Note gemacht: Würde nicht der § 172 und 173 (nämlich wegen Zahlungen aus einem Geschäfte, welches gegen ein ausdrückliches Verbotsgesetz läuft) nach Inhalt der AKO. v. 1789 noch mehr auf die Schulden der Subalternoffiziere passen und daher der § 170 noch sicherer stehen bleiben können? Und in den Conclusis über die Revision des ersten Bandes des allgem. Gesetzb. heißt es S. 196 ib.: II ad Tit. XVI § 173 wird Tit. XI § 684 allegirt. Indessen kann man diesen Bemerkungen kein größeres Gewicht beilegen, als folgender Aeußerung von Suarez bei Umarbeitung des ungedr. Entw. über die Bestimmung im § 252 I 14 ALR.: Unter den im Gesetze ausdrücklich gemißbilligten Schulden sind übrigens ohne Zweifel solche zu verstehen, wo der Grund der Ungültigkeit nicht in der Person des Schuldners, sondern in der Qualität der Schuld selbst liegt, z. B. Spielschulden, debitum turpe. Daraus erledigt sich zugleich das Monitum des Herrn Scherer. Dieser versteht den § 28 (252 I 14 ALR.) von Offizier-Schulden und will bestimmt haben, was bei Schulden der Minorennen Rechtens. Ist aber meine obige Interpretation richtig, so ist die Frage zugleich entschieden. Ueberhaupt aber können jene Aeußerungen jedenfalls nicht mehr von Gewicht sein, da die Dekl. v. 27. Juli 1825 ausdrücklich bestimmt, daß das Recht des Fiskus sich auf das dem Gläubiger Zurückgezahlte nicht erstrecke. Man hat ferner aus der gedachten Dekl. gefolgert, daß, wenn die Bürgschaft für Offizier-Schulden eine gültige sei, sie doch nur für den Fiskus Ansprüche begründen könne, da derselbe nach der Dekl. als Cessionar des Gläubigers anzusehen sei, und als solcher auch alle Rechte aus der Bürgschaft überkommen müsse. Die Dekl. macht indessen den Fiskus nicht zum Cessionar des Gläubigers, so daß er auch die etwa bedungenen Zinsen einfordern könnte. Die Dekl. beschränkt vielmehr das Recht des Fiskus überhaupt gerade nur auf das, was der Gläubiger dem Schuldner wirklich gezahlt hat, und weil nur insoweit der Fiskus, statt des Gläubigers, ein Zurückforderungsrecht haben soll, läßt sie eine weitere Ausdehnung nicht zu. Bringt man hiernach die Dekl. mit den Vorschriften des ALR. in Verbindung, so ergiebt sich 1) in Ansehung des Verhältnisses des Gläubigers zum Schuldner: daß das Gesetz den Darlehnsvertrag lediglich wegen der persönlichen Unfähigkeit des Schuldners für nichtig erklärt habe, und in Folge dessen, gerade wie bei Ehefrauen und Kindern unter väterlicher Gewalt, dem Gläubiger jeden Anspruch auf Wiederbezahlung abspreche. 2) Für das Verhältniß des Schuldners zum Fiskus erhellt: daß nach dem Gesetze der Schuldner aus einem den militärischen Anordnungen widersprechenden

---

Fiskus konfiszirt, nicht als fingirter Cessionar, StrA. 8 S. 328 (deshalb Gläubiger Zeuge, § 358 Nr. 4 CPO.), sondern ex lege, das dem Schuldner Gegebene, aber nur soweit es nicht schon zurückgezahlt. Die Darlehnsobligation kann Gegenstand der Bürgschaft sein, wie schon im Erk. b. angenommen, sie kann nach gehobener Unfähigkeit durch Anerkenntniß gültig werden, § 713 h. t., Präj. 1737; ObTr. 27 S. 325 (StrA. 12 S. 303), das Gezahlte kann weder der Schuldner (wenn er nicht sonst vertragsunfähig, in welchem Falle auch dem Fiskus nicht der Anspruch aus § 684 zustehn kann, § 170 I 16) noch der Fiskus vom Gläubiger kondiziren, ebenso StrA. 22 S. 143. Daß der Schuldner des unkonsentirten Darlehns selbst die Ungültigkeit geltend machen kann, auch gegen den Anspruch aus dem Wechsel unter den Voraussetzungen des Art. 82 der WO. ist in OHG. 20 S. 74 angenommen und folgt aus dem Mangel der Klage aus dem Darlehn.

Ueber das Anerk. in § 713 h. t., das sich auf Unfähige aller Art bezieht, vgl. Nr. 54,

Verhalten keinen Vortheil haben, und daher Fiskus ihm das wirklich Erhaltene entziehen solle. Insofern kann man von einem besonders gemißbilligten und mit Strafe der Confiscation bedrohten Geschäfte sprechen, aber nur in Bezug auf den Schuldner, nicht in Bezug auf den Gläubiger, dem die Wiedererstattung des Darlehns lediglich wegen der persönlichen Unfähigkeit des Schuldners abgesprochen worden und dessen Verhalten nicht mehr oder weniger gemißbilligt ist, als das Verhalten dessen, der einer Ehefrau oder einem Kinde unter väterlicher Gewalt ein Darlehn gegeben hat. Was aber die zu Gunsten der Gläubiger gemachten Ausnahmen betrifft, so weisen die Bestimmungen in §§ 687, 688 I 11 nach, daß die persönliche Fähigkeit der Subalternoffiziere viel weniger beschränkt worden, als die der Ehefrauen und Kinder unter väterlicher Gewalt. Es folgt aber auch aus diesen Vorschriften, daß jede ursprünglich nichtige Darlehnsschuld eines Subalternoffiziers gültig, und das Confiscationsrecht des Fiskus auch gegen den Schuldner ausgeschlossen werden könne, wenn derselbe die Schuld in der Folge auf ein ihm gehöriges Grundstück eintragen läßt. Aus diesem Umstande muß weiter geschlossen werden, daß der Vertrag, wenigstens dem Gläubiger gegenüber, nicht als ein im Sinne des § 252 I 14 ausdrücklich gemißbilligter anzusehen sei. Endlich wird aus diesen Bestimmungen der eigentliche Zweck und die wahre Bedeutung des Gesetzes unzweifelhaft. Dasselbe erklärt die Darlehnsverträge der Subalternoffiziere, wegen persönlicher Unfähigkeit der Letzteren, für ungültig, beschränkt aber demnächst diese Ungültigkeit und die Ausschließung des Klagerechts des Gläubigers auf den Fall, wenn demselben kein besonderer und bestimmter Fonds, aus dem er sich bezahlt machen kann, angewiesen worden ist, und er also gegen den Schuldner eine im Allgemeinen auf das Vermögen gerichtete Klage anstellen müßte. Bei einer Bürgschaft ist aber, eben so, wie bei einer Verpfändung, Anweisung oder Cession, ein bestimmter Fonds vorhanden, aus dem der Gläubiger sich bezahlt machen kann, und es bedarf dazu ebensowenig einer im Allgemeinen auf das Vermögen des Schuldners gerichteten Klage.

Schließlich erscheint der Einwurf nicht durchgreifend, daß es ein Widerspruch in sich selbst sei, wenn aus einem und demselben Darlehnsvertrage doppelte Zahlung geleistet werden sollte, nämlich von dem Bürgen an den Gläubiger, als auch von dem Schuldner an den Fiskus. Denn der Gläubiger, welcher von dem Subalternoffizier wegen seiner persönlichen Unfähigkeit keine Wiedererstattung fordern kann, erhält nur einmal Zahlung, und zwar von dem Bürgen, der nach der im § 254 I 14 enthaltenen Rechtsfiction ohne Weiteres als Hauptschuldner haftet. Ob in diesem Falle auch der Fiskus das wirklich Gegebene von dem Offizier zu fordern befugt sein möchte, oder ob nicht vielmehr durch den Hinzutritt der Bürgschaft die Confiscation des Gegebenen ebenso wegfallen dürfte, wie in dem Falle, wenn eine Hypothek eingetragen worden; diese Frage muß hier zwar auf sich beruhen. Aber, wenn auch das Rückforderungsrecht des Fiskus gegen den Schuldner begründet sein sollte, so berührt doch das den Gläubiger nicht, was das Gesetz dem Schuldner gegenüber aus der besonderen Rücksicht, daß er die militärischen Anordnungen überschritten hatte, zur Strafe bestimmt. Auch originirt der Anspruch des Fiskus, wie bemerkt, nicht aus dem Darlehnsvertrage, sondern aus dem die Confiscation des Erhaltenen anordnenden Gesetze, so daß keineswegs

---

Bd. 1 S. 207; Nr. 94, Bd. 1 S. 404. In ObTr. 3 S. 147 ist übereinstimmend mit den dort citirten Entsch. angenommen, daß auch in § 713 schriftl. Form bei Obj. über 150 M. gefordert. Nach RG. 11 S. 324 soll in Folge § 3 Ges. v. 12. Juli 1875 bei Minderjährigen das Anerk. keiner Form bedürfen. Daß dies ohne Weiteres auch für das Anerk. darlehnsunfähiger Offiziere gilt, ist nicht zu begründen.

Nach § 862 begreift die Darlehnsunfähigkeit auch die Unfähigkeit, Sachen auf Kredit zu nehmen, in sich. Sachen sind hier, wie Erk. b. begründet, auch Speisen, aber nach dem darin angezogenen Konkl. der GesKomm. von 1788 jedenfalls nicht Immobilien, §§ 853—860, 715—726, 863—865, 687, 688; ObTr. 58 S. 109 (StrA. 68 S. 71), nach ObTr. 24 S. 41 aber wohl Forderungen. In diesem Falle hatte A. dem Lieutenant B. eine Forderung an C. für 10000 cedirt. Als er auf Zahlung der kreditirten Valuta klagte, ist er gegen beide

zu behaupten, daß aus demselben Geschäfte doppelte Zahlung geleistet werden müsse. Könnte übrigens von einer Anomalie die Rede sein, so trifft sie nicht die Anwendung des § 254 I 14 auf den vorliegenden Fall, welche konsequent daraus folgt, daß eine wegen persönlicher Unfähigkeit des Schuldners ungültige Schuld kontrahirt worden ist. Die Anomalie vielmehr trifft nur das in dem § 684 I 11 enthaltene und in der Dekl. v. 27. Juli 1825 erläuterte Ausnahmegesetz.

Gründe: b. Es frägt sich, ob die Vorschrift in § 862 I 11 auf die kreditirte Bezahlung für Speisen bezogen werden kann. Dies muß bejahet werden. Durch das bei dem § 861 a. a. O. befindliche Allegat der §§ 224—227 darf man sich nicht zu der Annahme verleiten lassen, als sei in den §§ 861 und flgd. nur von dem in dem Allegat bezeichneten Falle die Rede, wenn bei einem Kaufe baare Zahlung bei der Uebergabe vorbedungen und nicht geleistet, die Klage aber nicht binnen acht Tagen nach der Uebergabe angestellt ist. Das Gegentheil beweisen die den §§ 861, 862 unmittelbar sich anschließenden Bestimmungen der §§ 863 flgd. über kreditirtes Lohn ꝛc. Vielmehr handeln die §§ 861—868, wie schon das Marginale ergiebt, vom Kreditiren im Allg., wohin denn allerdings auch der in dem Allegat gedachte Fall, keineswegs aber dieser allein, gehört. Die in den §§ 863, 864 enthaltenen Ausnahmen von der Regel des § 862 finden aber auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Denn auf Kredit verabreichte Speisen sind weder gelieferte Arbeiten, noch geleistete Dienste. Könnte in dieser Beziehung ein Zweifel obwalten, so würde derselbe jedenfalls durch die den landrechtlichen Bestimmungen zum Grunde liegende Entscheidung der Gesetz-Kommission v. 8. Juli 1788 (Klein, Annalen 3 S. 267) gehoben werden, welche dahin geht: „daß die Edikte wegen des verbotenen Schuldenmachens der Offiziere zwar auf kreditirte Waaren, es mögen Konsumtibilien oder Kleidungsstücke oder andere Sachen sein, nicht aber auf Handwerks- und Arbeitslohn für Schneider, Fahnenschmiede und dergleichen anzuwenden."

Kann hiernach die Bezahlung für Speisen den Militärpersonen, welche zur Kontrahirung von Darlehnen des Konsenses ihrer Vorgesetzten bedürfen, ohne einen solchen mit rechtlicher Wirkung nicht kreditirt werden, so ist ferner zu untersuchen: ob nicht dessen ungeachtet die gegen den Vater des eigentlichen Schuldners angestellte Klage nach § 262 I 13 und §§ 127, 129 II 2 ALR. zulässig sei, weil der Sohn des Verklagten sich, außerhalb des väterlichen Hauses, als Portepeefähnrich auf der Divisionsschule befand, und der Gegenstand der Schuld die nothwendigsten Lebensbedürfnisse betrifft. Diese Frage ist indeß zu verneinen. Der App.-Richter hat ganz richtig ausgeführt, daß die Vorschriften in I 11 wegen der Darlehne der Militärpersonen hier vorzugsweise zur Anwendung kommen müssen. Der Frage: ob der Verklagte für die Schuld des Sohnes verantwortlich gemacht werden dürfe, muß immer erst die Frage voraufgehen, ob die Schuld an sich gültig sei. Denn ist die letztere zu verneinen, so hat der Gläubiger kein Klagerecht gegen den eigentlichen Schuldner, und steht ihm solches gegen den Sohn nicht zu, so kann in Beziehung auf den Vater nur ein Gleiches stattfinden.

Der Umstand nun, daß der Sohn des Verklagten minderjährig ist und unter väterlicher Gewalt steht, würde für sich allein nach § 675 I 11 nur auf die in II 2 enthaltenen Bestimmungen zurückgeführt haben, und hier der § 129 dem Kläger

---

Instanzen abgewiesen, weil Rechte Sachen, Cession gegen Entgelt Kauf. Die Bestimmung des § 684 für Darlehne findet aber nach Präj. 327; ObTr. 2 S. 360 auf kreditirte Sachen nicht Anwendung, d. h. die Konfiskation tritt nicht ein, nur der Verlust der Klage; motivirt ist dies damit, daß § 684 nur von Darlehnen spricht, bei seiner strafähnlichen Natur die ausdehnende Interpretation nicht zulässig. In dem Falle hatte A. dem Lieutenant B. ein Pferd auf Kredit verkauft, die Klage auf Zahlung zurückgenommen, B. dann bezahlt, Fiskus demnächst gegen A. die Herauszahlung beansprucht. Die Klage, die übrigens nach Obigem auch vom Standpunkte des § 684 unzulässig gewesen sein würde, ist abgewiesen.

Soweit aus der Darlehnsobligation wegen Unfähigkeit kein Anspruch entstanden, kann doch nach §§ 675, 690, 708—711, 823—865 h. t.; II 2 §§ 127—129 ein Anspruch aus der nützlichen Verwendung, die als Rechtsinstitut gerade aus solchen Verhältnissen entsprossen,

allerdings zur Seite stehen. Es tritt aber noch hinzu, daß der Sohn des Verklagten Portepeefähnrich ist. Als solcher steht er, nach der gegenwärtigen Verfassung der Armee,*) den Unteroffizieren gleich, und die in dem § 697 I 11 gedachten „adligen Fahnen- und Standartenjunker", welche in der eben gedachten Gesetzstelle in Rücksicht der Fähigkeit, Darlehne aufzunehmen, den Subalternoffizieren gleich geachtet werden, existiren nicht mehr.

Schulden der Unteroffiziere und Portepeefähnriche, in welche der Compagnie- oder Eskadron-Chef nicht schriftlich eingewilligt hat, sind nach § 700 I 11 ungültig.

Es kann daher ein Klagerecht des Imploranten nicht anerkannt werden. Der App.-Richter ignorirt zwar jene in dem Verhältniß der Armee eingetretene Veränderung und behandelt den Sohn des Verklagten nach § 697 I 11 mit Unrecht als einen Offizier, es führt indeß auch diese Annahme auf dasselbe Resultat, die, von dem Kläger verlangte Anwendung des § 129 II 2 bleibt in dem einen, wie in dem andern Falle ausgeschlossen. Da nämlich das Gesetz die Gültigkeit der von gewissen Militärpersonen kontrahirten Schulden von dem Konsense ihrer Vorgesetzten abhängig macht, so würde es ein offenbares Umgehen des Gesetzes sein, wenn dem Gläubiger gestattet sein sollte, unter dem Vorwande der nützlichen Verwendung gegen den Vater des Schuldners diejenige Forderung geltend zu machen, welche er gegen den Schuldner selbst nicht einklagen kann. Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß nach § 254 I 14 doch der Bürge bezahlen müsse, wenn die Ungültigkeit des Hauptvertrages blos aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten entsteht, und der Letztere deshalb nicht in Anspruch genommen werden kann. Denn in diesem Falle entspringt das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, mit Einwilligung des Letzteren, aus einem Vertrage, und dem Gläubiger kann die Unfähigkeit des Hauptschuldners nicht entgegengesetzt werden, weil er in Beziehung auf das Bürgschaftsverhältniß mit einem Fähigen kontrahirt hat.

Uebrigens hat das Gesetz auch solche Fälle, wo für dergleichen darlehnsunfähige Personen nothwendige Ausgaben bestritten worden, keineswegs unberücksichtigt gelassen, vielmehr im § 708 I 11 verordnet: „So weit der einem sonst unfähigen Schuldner gegebene Vorschuß zu nothwendigen oder nützlichen Ausgaben desselben, welche derselbe ohne seine Schuld aus eigenen Mitteln nicht hat bestreiten können, wirklich verwendet worden, ist der Gläubiger in der Regel die Wiedererstattung zu fordern berechtigt."

Diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen, konnte indeß, auch abgesehen von den hier eigentlich entscheidenden §§ 711, 690 a. a. O., der App.-Richter keine Veranlassung finden, weil der Kläger den ihm obliegenden Beweis, daß der Sohn des Verklagten ohne seine Schuld in Verlegenheit gerathen sei, nicht einmal angetreten hat, und es daher auf den von dem Verklagten angebotenen Gegenbeweis, daß er seinem Sohne zu der Besoldung noch einen das ganze Kostgeld übersteigenden monatlichen Zuschuß gegeben habe, gar nicht weiter ankam. Ja, der Umstand allein, daß der Sohn des Verklagten die seiner Stelle etatsmäßig gebührende Königliche Besoldung bezog, schloß für den Verklagten die Verpflichtung aus, auf Grund des von dem Kläger zu seinen Gunsten in Bezug

*) Ebenso jetzt nach Anlage z. MilStGB. v. 20. Juni 1872.

bestehn. Für die Unfähigen im Allgemeinen kommt dabei § 271 I 13 in Betracht, ferner die §§ 127—129 II 2. Für die unfähigen Militärpersonen entscheidet aber nach § 711 der § 690, u. das gilt, wie im Erk. d. ohne Weiteres supponirt u. in StrA. 91 S. 360 direkt ausgesprochen, für den Fall des § 862. Auch im Falle § 862 ist nützliche Verwendung durch die gegebenen Sachen nur unter der Voraussetzung des § 690 bei Militärpersonen anzunehmen. Selbstverständlich ist aber auch hier die Anwendbarkeit des § 274 I 13. In StrA. 91 S. 360 hatte A. dem Offizier B. auf Kredit Möbel für seine Wirthschaft verkauft. Nach dem Tode des B. wurden die Möbel vom Nachlaßrichter verkauft, der Erlös zur Masse genommen und dann der Konkurs über den Nachlaß eröffnet. Zu demselben liquidirte A. den Erlös als Konkursgläubiger. Dies ist in 2. u. 3. Instanz unter Bezug auf §§ 274—276, 230, 266 I 13; §§ 28—32 I 15; § 170 I 16 zugelassen, weil das vorhanden war, was der Unfähige aus dem Geschäft als Vortheil gezogen. Vgl. ObTr. 42 S. 84 bei I 13.

genommenen § 127 II 2 diejenigen Verträge des Sohnes zu genehmigen, ohne welche derselbe die ihm von dem Vater angewiesene Bestimmung nicht erfüllen konnte. Denn eben jener Sold mußte alle für die Bestimmung zum Militär nöthigen Ausgaben decken. Auch war der Verklagte keineswegs gehalten, sich durch besondere Maßregeln und Einrichtungen dagegen zu schützen, daß der Sohn den Sold und die väterliche Zulage nicht zu beliebigen andern Zwecken verwandte, und dagegen durch Nichtbezahlung der nothwendigsten Bedürfnisse den Vater in die Gefahr brachte, den kreditirenden Gläubigern dafür noch nebenher gerecht werden zu müssen. Hiergegen schützten vielmehr den Verklagten schon die bestehenden Gesetze wegen des Kreditgebens an Militärpersonen. Die, von dem ersten Richter angenommene entgegengesetzte Meinung würde leicht dahin führen, daß junge zur Verschwendung geneigte Leute, darauf bauend, daß Wohnung, Kost u. dgl. von den Vätern doch unter allen Umständen bezahlt werden müßten, es sich zur Regel machen würden, die Bezahlung für dergleichen nothwendige Bedürfnisse sich kreditiren zu lassen und die ihnen zu Gebote stehenden Geldmittel dagegen zu anderweitigen Zwecken zu verwenden, was doch im Sinne des Gesetzgebers nicht gelegen haben kann.

Nr. 216. §§ 661, 654—660, 727, 728, 729, 757—760, 761 bis 768, 769—777, 778—792, 794—802. Darlehn. Wirkung. pactum de mutuo dando. Verpflichtung des Schuldners. Die Rückzahlung. Ort. Zeit. Kündigung. Münzsorte. *)

Erk. v. 12. Jan. 1872; ObTr. 66 S. 34 (StrA. 84 S. 24).

Für den Kläger war auf dem Grundstück des Beklagten ein Darlehn in dänischen, hannoverschen und anderen Goldstücken eingetragen. das Beklagter bei der Fälligkeit im Januar 1871 in preussischem Golde zurückzahlen wollte. Dabei wurde streitig, ob die Kursdifferenz nach der Zeit des geschlossenen Darlehnsvertrages oder nach der Zeit der Rückzahlung zu vergüten. Das ObTr. hat Letzteres angenommen.

Gründe: Die §§ 785, 786 I 11 ALR. verordnen: Ist das Schuldinstrument auf eine fremde Münzsorte gestellt und innerhalb Landes zahlbar, so muß der Gläubiger preußische Gold- und Silbermünzen von eben der Gattung, auf welche das Instrument lautet, annehmen.

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 371, 372; Dernburg 2 §§ 178, 179, 30 ff.; Förster (Eccius) 2 § 137; 1 § 91. — Aus dem Darlehn wird zunächst nur eine Verpflichtung des Schuldners begründet, und zwar erst mit und durch den Empfang, quia re contrahitur obligatio. Eine Verpflichtung für den Gläubiger zum Geben, für den Schuldner zum Empfangen kann nur durch einen den allgem. Vorschriften unterstehenden wirklichen Vorvertrag, pact. d. m. dando, begründet werden, §§ 654—660. Soweit das Objekt es erfordert, wird deshalb der Gläubiger nur durch einen schriftlichen, d. h. nach §§ 116, 118, 120 I 5 von ihm unterzeichneten Vertrag zur Hergabe des Darlehns verpflichtet, weder durch die bloße Annahme des eine Verbindlichkeit für ihn nicht ergebenden Schuldscheins nach mündl. Abrede, Quittung darüber, noch durch theilweise Zahlung der Valuta, §§ 155, 156, 161, 162 I 5; ObTr. 6 S. 313; StrA. 9 S. 119; S. u. v. Str. R. 1 S. 120. Ueber die Einrede gegen die übernommene Verpflichtung und den Umfang der Verpflichtung des Borgers, der sich zur Annahme verpflichtet, bestimmen die §§ 654 ff. Ueber die clausula reb. sic stant. vgl. Nr. 119, Bd. 1 S. 537. Daß der Borger, der das Darlehn nicht erhalten, auch auf Ungültigkeitserkl. des Schuldscheins klagen kann, StrA. 30 S. 102, hat nach § 231 CPO. kein Bedenken mehr.

Die Verpflichtung des Gläubigers zu einem Belassen auf der einen und zur Rückzahlung

Doch ist alsdann das Verhältniß derselben gegen die im Instrumente verschriebene fremde Münzsorte nach dem Kurs des Zahlungsortes, wie er zur Zeit geschlossenen Kontraktes gestanden hat, zu berechnen.

Die AKO. v. 4. August 1832 (GS. S. 207) bestimmt: Es beruht auf einem Irrthum, wenn, in Bezug auf die Verpflichtung des Schuldners zur Zurückzahlung eines Darlehns, von einzelnen Gerichtshöfen angenommen wird, daß durch das Münzges. v. 30. Sept. 1821., in Verbindung mit der am 27. Nov. desselben Jahres bekannt gemachten Vergleichungs-Tabelle über den Werth einiger fremder Geldsorten gegen preußisches Geld und durch Meinen Befehl vom 25. Nov. 1826 in denjenigen Provinzen, in welchen das Konventions-Geld üblich gewesen ist, eine Veränderung des Münzfußes erfolgt, oder das fremde Geld außer Kurs gesetzt sei. Zur Erledigung der hierüber, und insbesondere über die Auslegung meines Befehles v. 25. Nov. 1826 Nr. 4 entstandenen Zweifel, setze Ich hierdurch fest: daß, wenn eine Zahlung in Konventionsgeld oder in einer anderen gegenwärtig noch kursirenden fremden Münzsorte zwischen den Interessenten verabredet worden, der Schuldner die Wahl haben soll, ob er die Zahlung in der bedungenen Münzsorte, oder in preußischem Gelde, mit Erstattung des Tageskurses, leisten will.

Die Wortfassung dieser Ordre ergiebt deutlich, daß unter dem Tageskurse, den der Schuldner zu erstatten hat, wenn er die Zahlung, statt in der bedungenen Münzsorte, in preußischem Gelde leistet, der Kurs des Zahlungstages zu verstehen ist. Er soll, wenn er die Zahlung in preußischem Gelde leistet, den Tageskurs, also den Kurs am Zahlungstage vergüten; von dem Tage des geschlossenen Kontraktes ist nicht die Rede. Dies bezweifelt auch die Richtigkeitsbeschwerde nicht. Sie will nur die Anwendung der AKO. auf solche Fälle beschränken, in welchen der Darlehnsschuldner von Haus aus unbedingt verpflichtet gewesen, das Darlehn in der verschriebenen Münzsorte zurückzugeben, und das Recht, in preußischem Gelde zurückzuzahlen, hinterher erst dadurch herbeigeführt sei, daß nach Kontrahirung der Darlehnsschuld die verschriebenen

---

für den Schuldner auf der anderen Seite ist dem Begr. des Darlehns so wesentlich, daß in §§ 728, 761 ff. über die beides bestimmende Kündigung gesetzliche Bestimmungen für den Fall getroffen, daß die Kontrahenten darüber nicht, wie in § 729 vorgeschrieben, schriftlich stipulirt haben. Dies betrifft die Zeit der Rückzahlung, für die es weiter auf Objekt u. Ort ankommt.

Das Objekt der Rückzahlung wird durch das der Hingabe bestimmt, § 653, die Verpflichtung durch die Hingabe allein begründet, so daß es einerseits ohne Unterschied des Objekts keiner Form daneben bedarf, es der Beibringung des etwa ausgestellten Schuldscheins nicht bedarf, wenn auch der Schuldner nur gegen Rückgabe oder Mortifikation, § 125 I 16, zu zahlen braucht, StrA. 13 S. 94, andererseits die Form, das schriftl. Schuldbekenntniß, die Verpflichtung ohne wirklichen Empfang nicht begründet, vgl. das PlPr. Erk. a. Nr. 87, Bd. 1 S. 351, 356, §§ 733 ff. Was sich aus dem Begr. des Darlehns als Objekt der Rückzahlung ergiebt und wieweit dasselbe durch Abreden modifizirt werden kann, darüber vgl. unt. Nr. 214. Hier kommen in Betracht die §§ 778—792, 794—802 über die Münzsorte und die Bestimmung des Objekts der Rückzahlung, wenn die Werthpapiere nicht mehr vorhanden, welche zurückzugewähren. Das Prinzip der §§ ist, wie bereits unt. Nr. 214 hervorgehoben, daß so viel zurückgezahlt wird, als der Werth des Geleisteten zur Zeit der Hingabe war, sowohl, wenn in fremder oder hiesiger Münze zu zahlen, die keinen Kurs mehr hat, als auch wenn das Werthpapier, welches gegeben und in welchem zurückzuzahlen, nicht mehr vorhanden. In OHG. 20 S. 303, vgl. unt. Nr. 214, wo alte Aktien gegeben, neue Aktien zurückzugeben, die neue Emission aber nicht zu Stande gekommen war, ist dasselbe Prinzip angewendet, weil es rechtlich gleich, ob das Objekt nicht mehr im Verkehr oder nicht in Verkehr gelangt; es ist dem Kläger deshalb der Werth der alten Aktien z. Z. der Hingabe zugesprochen, § 795. Unbedenklich ist, daß § 795 überall anzuwenden, wo die Papiere zur Zeit der geforderten Rückzahlung nicht vorhanden. In StrA. 34 S. 166 hatte A. dem B. 1849 Darlehn in Aktien gegeben, das 1850 zurückgezahlt werden sollte, dem B. aber bis 1855 verzinslich belassen wurde. 1855 waren die Aktien nicht mehr vorhanden, A. forderte den Kurs von 1850, wo die Aktien noch vorhanden waren, erhielt aber auf Grund § 795 nur den Kurs von 1849, weil § 795 nicht scheidet. Anders hätte die Entscheidung ausfallen müssen, wenn 1850 die Rückgabe gefordert

Münzsorten außer Kurs gesetzt werden, oder den Charakter von fremden Münzsorten angenommen hätten.

Diese Auslegung ist eine unrichtige. Die AKO. erklärt im Eingange die Annahme einiger Gerichtshöfe, daß durch das Münzges. v. 30. Sept. 1821., in Verbindung mit dem Erlaß v. 25. Nov. 1826 der Münzfuß verändert, das fremde Geld außer Kurs gesetzt sei, für eine irrthümliche. Es erhellt daraus, daß in der nachfolgenden Bestimmung der Fall einer Veränderung des Münzfußes oder des Außerkurssetzens nicht unterstellt ist, durch diese Bestimmung die Fälle der §§ 787, 788 I 11 ALR. nicht berührt werden.

Die in Bezug genommene AKO. v. 25. Nov. 1826 setzte Nr. 4 fest, daß wegen der untersagten Annahme fremder Gold- und Silbermünzen bei den öffentlichen Kassen die bisher erlassenen Bestimmungen in Kraft bleiben, im Handel und gemeinen Verkehr die fremden Münzen nur zu dem Werthe ausgegeben werden sollten, welcher ihnen in der Vergleichungs Tabelle v. 27. Nov. 1821 beigelegt sei, daß dieselben zu einem höheren Werthe bei Zahlungen nicht aufgedrungen werden dürften. Anscheinend war dadurch der Zweifel angeregt, ob außer dem Handel und gemeinen Verkehr, insbesondere in Bezug auf die Verpflichtung des Schuldners zur Rückzahlung eines Darlehns in fremden Münzsorten, die in der am 27. Nov. 1821 publizirten Vergleichungs-Tabelle festgestellten Werthe maßgebend seien. Diesen Zweifel erledigt die Ordre v. 4 Aug. 1832 durch die Bestimmung, daß wenn eine Zahlung in Konventionsgeld oder in einer anderen gegenwärtig noch kursirenden Münzsorte zwischen den Interessenten verabredet worden, der Schuldner die Wahl zwischen der Zahlung in der bedungenen Münzsorte und der Zahlung in preußischem Gelde mit Erstattung des Tageskurses haben sollte.

Die Vorschrift enthält eine Abweichung von dem Grundsatze im § 786 I 11 ALR., wonach die Kursdifferenz zwischen der im Kontrakte verschriebenen fremden und der vom Schuldner gezahlten preußischen Münzsorte (gleicher Gattung) nach der Zeit

---

und schuldbar nicht geleistet, da §§ 794, 795 auf den Fall, wo das Objekt vorhanden, aber nicht geleistet, deshalb das Geldinteresse an die Stelle tritt, nicht anwendbar, OHG. 17 S. 279. Dasselbe gilt namentlich, wenn solche Darlehnsforderung im Konkurse oder bei der Subh. des verpfändeten Grundstücks, StrA. 18 S. 75, des Schuldners zur Liquidation kommt. In solchem Falle hat die Masse den Kurs zur Zeit der Konkurseröffnung bez. der Liquidation zu zahlen, der sich jede Forderung, welche die Masse nicht in Natur erfüllen kann oder will, in Geldforderung auflöst, das Interesse aber durch den Kurs zur Zeit der Rückgewähr bez. der Begründung der Interesseforderung bestimmt wird, OHG. 7 S. 344. Vgl. Erk. b. Nr. 103, Bd. 1 S. 451, 456. Deshalb kam es in StrA. 41 S. 159, wo A. dem B. Westpr. Pfandscheine als Darlehn gegeben, das Darlehn am 4. Febr. 1857 fällig, aber schuldbar erst am 8. Okt. 1857 zurückgegeben wurde, zur Begründung des Anspruchs auf die Kursdifferenz zwischen den beiden Tagen nicht einmal darauf an, ob die §§ 833, 834 auf den Fall des § 793 anwendbar, was ganz unbedenklich, ebenso wie daß ein Vertrag zwischen dem Geber und Empfänger in solchem Falle, daß die Kursdifferenz zu zahlen, gültig, StrA. 89 S. 325. Vgl. unt. Nr. 216a. Dasselbe Prinzip wendet Erk. a. auf Grund der AKO. v. 4. Aug. 1832, durch welche danach § 786 modifizirt, da an, wo die stipulirte fremde Münzsorte noch existirt, der Schuldner aber von dem Recht, in inländischer Münze zu zahlen, § 785 Art. 14; §§ 1, 3 RMünzGes. v. 9. Juli 1873, Gebrauch machte. Darin ist nichts geändert. Bei Veränderung in Münzsorten oder Münzfuß bestimmt sich grundsätzlich die zu zahlende Schuld nach dem Verhältniß der alten Münze zur Zeit der Hingabe des Darlehns verglichen mit dem Münzfuß zur Zeit der Rückzahlung, §§ 787, 789. Auf inzwischen vorübergehend eingetretene Aenderungen wird keine Rücksicht genommen, ObTr. 22 S. 308 (StrA. 4 S. 115). Durch Art. 14 des Münzges. ist die Umrechnung für gewisse Silberschulden fest normirt. Vgl. OHG. 23 S. 205 über die Anwendung auf Zahlungen eines Ausländers, die vor Einführung der Goldwährung in deutscher Silberwährung übernommen.

Ueber den Ort der Rückzahlung enthalten die §§ 769 ff. mit dem § 248 I 5 wesentlich übereinstimmende Bestimmungen; etwas Besonderes enthalten nur die §§ 774, 777. Vgl. darüber Nr. 98, Bd. 1 S. 420, 422, 423 u. ObTr. 24 S. 411 (StrA. 9 S. 329 bei I 16 §§ 22 ff. über die §§ 772, 773 h. t.

des geschlossenen Kontraktes zu berechnen ist. Sie setzt voraus, daß die Zahlung in Konventionsgeld oder in einer anderen gegenwärtig noch kursirenden fremden Münzsorte zu leisten ist, während in den §§ 785, 786 a. a. O. im Allgemeinen von einer in dem Schuldinstrumente verschriebenen fremden Münzsorte die Rede ist. Ein anderer Unterschied ist nicht erkennbar. Dies nimmt auch Bornemann in seinem Syst. des preuß. Civilr. (3 S. 164) an, indem er zur Erläuterung der beiden Gesetzesstellen bemerkt: Bei einem in fremden Münzen gegebenen Darlehn ist der Schuldner nur befugt, nicht verpflichtet, dieselben Münzen zu erstatten, wenn die Rückzahlung im Inlande erfolgen soll. Der Gläubiger muß preuß. Münzen derselben Gattung annehmen. Das Verhältniß der fremden zu inländischen wird nach dem Kurse zur Zeit des geschlossenen Kontraktes berechnet. Dies gilt indessen nur von fremden nicht kursirenden Münzen. Hat das Darlehn in kursirenden fremden Münzsorten bestanden, so kann die Rückzahlung nach Wahl des Schuldners in der fremden Münzsorte oder in preuß. Gelde mit Erstattung des Tageskurses erfolgen.

Ist nun auch die AKO. v. 4. Aug. 1832 durch die derzeitigen besonderen Verhältnisse und die bei Auslegung der Ordre v. 25. Nov. 1826 in einer anderen Richtung angeregten Zweifel hervorgerufen, die Bestimmung des § 786 a. a. O. nicht ausdrücklich aufgehoben, so ist doch in Bezug auf die Rückzahlung von Darlehnen, die in fremden noch kursirenden Münzen gegeben worden, ein von dem § 786 a. a. O. abweichender Grundsatz generell und deutlich ausgesprochen. Die ältere Vorschrift muß, soweit sie beschränkt ist, der neueren weichen, zumal die letztere der Natur des Darlehns entspricht. Der Regel nach ist das Darlehn in den Münzen, in denen es gegeben, zurückzuzahlen (§ 778 a. a. O.). Gestattet das Gesetz aus nahe liegenden Gründen dem Schuldner ein in fremden Münzen empfangnes, innerhalb Landes zahlbares Darlehn in preußischem Gelde zurückzuzahlen, so muß er auch, wenn er von dieser Befugniß Gebrauch macht, obschon die fremde Münze im Lande kursirt, also für ihn zu haben ist, in preußischem Gelde so viel zahlen, als der Gläubiger bedarf,

---

Um die Zeit der Rückzahlung, §§ 757—760, zu bestimmen, falls die Parteien darüber nicht schriftlich stipulirt haben, geben die §§ 761 ff. gesetzliche Kündigungsfristen. Sind diese Fristen innegehalten, so hat der Gegner den Beweis der gültigen Abrede einer anderen Frist zu führen, RG. 1 S. 382, mündl. Abrede z. B., der Schuldner solle zurückzahlen, sobald er dazu leicht im Stande, hat keine Bedeutung, StrA. 6 S. 114. Bei schriftl. Künd. genügt nach § 765 nicht der Beweis der Absendung des Briefs, OHG. 13 S. 44, 47. Totale Ausschließung jeder Kündigung von beiden Seiten würde dem Begr. des Darl. widersprechen; Beschränkung der Kündigung durch Bestimmung einer Zeit oder durch Bedingungen ist nicht ausgeschlossen, StrA. 9 S. 257. Zu § 92 des Ges. v. 2. März 1850, durch welchen bei Kapitalien auf Immobilien die Ausschließung der Kündbarkeit auf mehr als 30 Jahr verboten, ist in ObTr. 75 S. 68 (StrA. 95 S. 121) angenommen, daß entgegenstehende Abreden (z. B. Unkündbarkeit auf Lebenszeit) nur relativ, soweit sie die Zeit von 30 Jahr übersteigen, ungültig. Ueber die Bedeutung der Bedingung rechtzeitiger Zins- (Raten-) Zahlung für die Kündigung vgl. ObTr. 52 S. 11 (StrA. 55 S. 265) Erk. a. Nr. 66, Bd. 1 S. 262 u. unt. Nr. 105, Bd. 1 S. 466.

Die Kündigung ist begrifflich Aufforderung oder Erbieten zur Rückzahlung, § 761, die Erklärung, kompensiren zu wollen, deshalb keine Kündigung, StrA. 6 S. 331.

Wer und wem zu kündigen, die Befugniß zur Kündigung, bestimmt sich nach der Dispositionsbefugniß über die Forderung bez. die Schuld. Vgl. I 21 §§ 101, 102; 20 § 289; II 1 §§ 233, 379, § 41 EigenthGes. Ueber die Befugn. bei correi cred. vgl. unt. Nr. 125, Bd. 1 S. 565 und namentlich bei I 17 § 151.

Die in StrA. 89 S. 110 bejahte Frage nach der Zulässigkeit der Kündigung durch Klage ist wesentlich prozessualer Natur. Vgl. zu I 16 § 55; RG. 1 S. 425; 8 S. 416; StrA. 90 S. 167; 82 S. 210; 74 S. 196; AGO. I 10; § 81b.; 14 § 6 Nr. 1; 28 § 4 Nr. 1, § 16.

Die Spezialbestimmungen in §§ 759, 760 beruhen auf einem auch sonst in § 50 Eigenth.-Ges., §§ 193, 298 I 14; § 20 I 21, § 422 I 12 angewendeten Prinzip. Vgl. StrA. 54 S. 136 zu § 422 I 12; § 20 I 21.

um sich die kursirende Münze nach dem Kurswerthe am Zahlungstage zu verschaffen. Der Gläubiger erhält auf diesem Wege nur so viel zurück, als erforderlich ist, um zur Zeit der Zahlung die ihm schuldige Summe zu erfüllen, und die Schwankungen im Kurse werden in gerechter Weise ausgeglichen. Das hier in Rede stehende Darlehen hat in Goldmünzen bestanden, welche notorisch noch gegenwärtig kursiren, und der Schuldner hat gleichwohl die Zahlung in preußischem Gelde gewählt. Es liegen deshalb die Voraussetzungen der AKO. v. 4. Aug. 1832 vor, und der App.-Richter hat mit Recht diese und nicht den § 786 I 11 ALR. zur Anwendung gebracht.

Nr. 216a. §§ 727—729, 730—732, 733—741, 742, 743—748, 749, 752—756, 866—868. Darlehn. Schuldschein. querela non numeratae pecuniae.*)

a. PlPräj. 2388 v. 5. Juli 1852; ObTr. 23 S. 13.
b. Erk. v. 2. April 1875; ObTr. 75 S. 197 (StrA. 93 S. 305).
c. Erk. v. 12. Sept. 1872; StrA. 86 S. 173.
d. Erk. v. 29. Febr. 1854; StrA. 12 S. 172.

Im Falle a. hatte A. dem B. 1849 zwei Schuldscheine ausgestellt, in welchen er Rückzahlung 1850 versprochen. Als B. daraus klagte, machte A. geltend, dass er dem B. im Dezember 1849 auf Grund mündlicher Abrede einen anderen Schuldschein über dieselbe Summe ausgestellt, in welchem Rückzahlung nach 2 Jahren und Kündigung stipulirt und aus welchem die Schuld auf seinem Grundstück eingetragen. Beide Instanzen verurtheilten, weil der Kläger, ohne sich seinerseits schriftlich zu verpflichten, an den Inhalt des zweiten Schuldscheins nicht gebunden. Das Plenum hat unter Aufhebung des Präj. 1128 den Grundsatz festgestellt: dass der Darlehnsgläubiger, der den Schuldschein ohne Vorbehalt angenommen, seinen Anspruch über den Inhalt des Schuldscheins hinaus nicht blos aus dem Grunde ausdehnen darf, weil derselbe von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht und er die Abweichung nicht schriftlich genehmigt hat. — Im Falle b. hatte A. auf seinem Grundstück 1873 für B. ein Darlehn eintragen lassen und klagte innerhalb 38 Tagen, §§ 738, 739 h. t. gegen B. auf Löschung unter Berufung auf die Vermuthung des § 738. Dies ist in allen Instanzen abgelehnt. — Im Falle c. hatte der Beklagte dem Kläger einen eigenen (trockenen) Wechsel am 16. März 1868, fällig nach 6 Monaten, ausgestellt, in welchem „Valuta baar" empfangen zu haben bekannt war. Nachdem die Wechselklage wegen Verjährung abgewiesen, wurde aus dem Wechsel als aus einem Schuldschein von Neuem mit der Behauptung geklagt, dass die Wechselsumme als Darlehn gegeben und der Wechsel darüber ausgestellt sei. Das ObTr. hat die Klage gegen den 2. Richter zugelassen. — Im Falle d. hatte A. von B. rückständige Zinsen, B. von C. Pacht zu fordern und C. dem A. nach Abrede einen Schuldschein über den Betrag als Darlehn ausgestellt und dasselbe eintragen lassen. Als demnächst über den Bestand der Hyp. Streit entstand, hat das ObTr. gegen beide Instanzen die Rechtsgültigkeit angenommen.

Gründe: a. So wie das Röm. R. so hat auch das ALR. bei dem Darlehn die realkontraktliche Natur der Verbindlichkeit anerkannt. Mit der Hingabe des Darlehns seitens des Gläubigers wird der Darlehnsvertrag vollzogen, § 661 I 11,

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 372, 364_3, 412a., 412b.; Dernburg 2 § 178 unt. 4; Förster (Eccius) 2 § $137_{35, 60}$. — Der Schuldschein hat Bedeutung zunächst als Be-

nach dieser Hingabe handelt es sich mithin nur noch um die Verbindlichkeit des Schuldners. Diese Verbindlichkeit besteht hauptsächlich in der durch den bloßen Empfang des Darlehns begründeten Verpflichtung zur Wiedererstattung des Empfangenen, § 727. Sie umfaßt aber auch Nebenverpflichtungen, insbesondere die Pflicht der Wiedererstattung zur rechten Zeit, § 757. Die nähere Bestimmung dieser Nebenverpflichtung ist zunächst Sache der Parteien, indem das Gesetz nur subsidiarische Bestimmungen darüber aufstellt, §§ 757, 761. Haben nun die Parteien eine von den subsidiären gesetzlichen Bestimmungen abweichende Abrede über die Zeit der Rückzahlung getroffen, so wird dadurch, auch wenn diese Abrede dem Schuldner günstiger ist als jene Bestimmungen, immer nur die in der Verbindlichkeit des Schuldners liegende Nebenverpflichtung festgestellt. Allerdings wird dadurch zugleich das Recht des Gläubigers begrenzt; dieser wird dadurch zugleich verpflichtet, sein der Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber stehendes Recht erst zu der verabredeten Zeit auszuüben. Die Natur der Abrede als einer die Verbindlichkeit des Schuldners betreffende Nebenverpflichtung oder auch als eine Bedingung, unter welcher der Schuldner das Darlehn angenommen hat, wird aber dadurch nicht verändert. Die Nebenverpflichtung des Schuldners wird dadurch nicht in eine Verbindlichkeit des Gläubigers verwandelt.

Hiernach ist es nicht für richtig anzunehmen, wenn in dem Erk. v. 23. April 1842*) die Modalitäten, welche über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus in Bezug auf die Kündigung und Zurückzahlung eines Darlehns getroffen worden, als Verpflichtungen des Gläubigers aufgefaßt, den Gegenleistungen bei einem zweiseitigen Vertrage gleichgestellt werden, und als Folge hiervon die für schriftlich zu errichtenden zweiseitigen Verträge gesetzlich gegebenen Vorschriften zur Anwendung gebracht sind. Es handelt sich nicht darum, in welcher Form eine Verbindlichkeit des Gläubigers festzustellen ist; die Frage ist vielmehr, in welcher Form eine die Verbindlichkeit des Schuldners betreffende Nebenbestimmung festzustellen ist, um auch in Bezug des Gläubigers bindend zu sein. Nun bestimmt zwar der § 729, daß ohne Unterschied der Summe ein schriftlicher Vertrag erforderlich sei, wenn der Darlehnsvertrag auf eine andere als die gesetzlich bestimmte Zeit, gegen Interessen oder auf andere Bedingungen geschlossen werden und dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredung zustehen soll. Aus den hieran sich anschließenden §§ 730 ff. ergiebt sich indessen, daß der schriftliche Vertrag, welchen der § 729 verlangt, eben der vom Schuldner ausgestellte

---

*) Präj. 1128.

---

weismittel; als solches wirkt er durch und mit der Unterschrift, aber nach seinem Inhalt als Willenserklärung über die Begründung oder Anerkennung einer Schuld nach den allgem. Grundsätzen, Nr. 75, Bd. 1 S. 288, nur, wenn er dem Gläubiger ausgestellt ist, d. h. entweder ihm ausgehändigt oder so ausgestellt ist, daß die Erklärung dem Gläubiger gegenüber abgegeben erscheint. In ObTr. 18 S. 297 hatte A. für B. eine Hyp. für ein Darlehn eintragen lassen, das Dokument behalten, das auch in seinem Nachlaß blieb. Nach seinem Tode cedirte B. an C., der gegen den Nachlaß den persönlichen Anspruch geltend machte, aber abgewiesen wurde, weil ohne anderen Beweis das nicht ausgehändigte Dok. nichts bewies. Vgl. § 98 I 16. Anders lag ObTr. 50 S. 149, wo A. in Gegenwart des B. für denselben eine notar. Schuldverschreibung ausgestellt hatte, die Forderung eingetragen, das Dokument dem A. ausgehändigt war und B. nun gegen ihn auf Herausgabe mit Erfolg klagte, weil A. den Einwand der nicht erhaltenen Valuta nicht bewies. In StrA. 90 S. 175 hatte A. für B. 2000 eintragen lassen, das Dokument aber behalten, weil er nur 800 erhielt, es an C. mit der Verpflichtung verpfändet, die Cession des B. zu beschaffen, B. dann an D. cedirt. Die Klage des A. u. C. gegen D. u. B. auf Löschung ist durchgedrungen, weil für B. ein Recht nicht entstanden, D. als schlechtgläubig erachtet wurde.

Die Beweiskraft des Schuldscheins tritt nach § 732 (vgl. Art. 295 HGB., § 17 Abs. 1 EG. z. CPO.) sofort ein; die in §§ 738, 739 für Hypothekeninstrumente (vgl. ObTr. 26 S. 193) gemachte Ausnahme ist, wie Erk. b. nachweist, beseitigt, und ebenso die §§ 752 bis 755 für aufgehoben zu erachten, da § 17 EG. z. CPO. bei ungezwungener Auslegung sowohl den Anfang wie die Dauer der Beweiskraft trifft, die in § 755 aufgestellte Vermuthung für die Tilgung nicht selbstständig, sondern nur als Folge der aufgehobenen Beweiskraft statuirt

und nur von ihm unterschriebene Schuldschein ist. Es ist dies um so weniger zu bezweifeln, da eines Theils der § 731 ausdrücklich auf die §§ 127 ff. I 5 verweist, dadurch also die Gleichstellung des Schuldscheins mit einem schriftlichen Vertrage anerkennt, anderen Theils in dem § 729 eigentlich nur an dem Gläubiger vortheilhafte Bedingungen gedacht worden, wie aus den darin gebrauchten Worten „wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredung zustehen soll" zu entnehmen ist. Aber auch bei Nebenbestimmungen, welche weniger günstig als die gesetzlichen Normen sind, muß die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde seitens des Schuldners genügen, um die Nebenbestimmung der Verbindlichkeit des Schuldners und folgeweise die Begrenzung des Rechts des Gläubigers in formell gültiger Weise festzustellen. Denn abgesehen davon, daß für solche Nebenbestimmungen keine Ausnahme von der in den §§ 729 ff. aufgestellten Regel gemacht ist, handelt es sich, wie bereits ausgeführt worden, um Feststellung von Nebenverpflichtungen einer einseitigen Verbindlichkeit. Bei einseitigen Verträgen ist es aber allgemein Regel, daß solche nur von demjenigen durch Unterschrift zu vollziehen sind, welcher sich dadurch verpflichtet. Diese allgemeine Regel drückt die AGO. III 7 § 55 dahin aus: Ist das Instrument blos über einen einseitigen Kontrakt errichtet, so versteht es sich von selbst, daß selbiges nur von demjenigem Theile, welcher sich darin zu etwas verbindlich macht z. B. ein Hypotheken-Instrument blos von dem Schuldner unterzeichnet werden dürfe, — eine Regel, welche auch in anderen, in unserer Gesetzgebung vorkommenden Fällen I 11 §§ 393 ff. 1058, 13 § 11, 14 §§ 204, 213, 215, II 8 § 2097 ihre Bestätigung und Anerkennung findet.

Allerdings kann es nicht die Unterschrift des Schuldners als solche sein, welche den Gläubiger an den Ausdruck der Nebenabreden des Darlehnsgeschäfts, wie es im Schuldscheine wiedergegeben ist, bindet; es ist vielmehr zuzugeben, daß in dieser Beziehung ein der Kenntniß des Gläubigers fremd gebliebener Schuldschein gegen denselben nichts beweisen würde. Es muß also etwas hinzukommen, wodurch die rechtliche Annahme, daß das, was der Schuldner allein unterschrieben hat, den Ausdruck des beiderseitigen Einverständnisses enthalte und die Genehmigung auch des Gläubigers erhalten habe, begründet wird. Dies muß aber in der Aushändigung des Schuldscheins an den Gläubiger, in dessen ohne Vorbehalt und Widerspruch erfolgter Annahme von Seiten des Gläubigers gefunden werden. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß aus dem bloßen Stillschweigen der Regel nach keine Genehmigung gefolgert werden dürfe. Denn die Annahme des Schuldscheins ohne Widerspruch enthält kein bloßes Stillschweigen, ist vielmehr für

---

ist, vgl. Förster (Eccius) 2 § 137_{60}, die Vorschrift eine prozeßrechtliche im Sinne § 14 EG. z. CPO. ist, daher § 17 das. auch sofort, für alle auch früheren, nicht blos die zukünftigen Schuldscheine gilt. Damit sind vielfach Streitfragen des früheren Rechts zu §§ 738, 739, 753 h. t. erledigt (ObTr. 17 S. 123; Präj. 2004; StrA. 8 S. 1; Präj. 2476; ObTr. 25 S. 263 zu § 753; ObTr. 26 S. 193; StrA. 88 S. 305; 94 S. 287; 28 S. 117).

Unter Nr. 214 ist bereits hervorgehoben, daß der realen Natur des Darlehns gegenüber der Schuldschein nichts Wesentliches ist, StrA. 13 S. 94 das., I 16 § 125, das Darlehn nicht begründet, daß deshalb der Gegenbeweis gemäß §§ 732—735 auch gegen den Singularsuccessor regelmäßig zulässig. Vgl. zu §§ 412, 407 h. t. unt. Nr. 213, und zwar sowohl hinsichtlich der Valuta, wie für den Einwand der Simulation, StrA. 18 S. 116 unt. Nr. 214, u. StrA. 6 S. 312, wo A. u. B. einen Schuldschein über eine Summe gemeinschaftlich ausgestellt, u. B. der Klage auf solidar. Haftung gegenüber einwendete, daß er nur einen Theil erhalten und nur für diesen Theil habe haften sollen. Ueber solidarische Haftung aus dem Schuldschein Mehrerer vgl. Nr. 123, Bd. 1 S. 557, 558. Im Uebrigen gilt der Grundsatz des § 732 über den Beweis bis zum Gegenbeweis für Schuldscheine aller Art, nicht blos über Darlehen, sondern auch z. B. für einen Schuldschein über eine Waarenschuld, auch wenn feststeht, daß ein Dritter die Schuld für den Aussteller kontrahirt hat, StrA. 83 S. 91. Daß der Gegenbeweis auch gegen gerichtliche Schuldbekenntnisse zulässig, war und ist nach § 126 I 10 AGO. u. §§ 380—383 CPO. unbedenklich, StrA. 60 S. 298; ObTr. 45 S. 146 (StrA. 41 S. 164) zu I 16 § 105. Ist zugestanden, daß der Schuldschein inhaltlich unrichtig, daß z. B. nicht baar, sondern in Waaren empfangen, so ist das anderweit

eine stillschweigende Willensäußerung im Sinne des § 58 I 4 anzusehen, welche nach § 59 a. a. O. mit einer ausdrücklichen gleiche Kraft hat, weil das Gesetz in Fällen vorliegender Art eine ausdrückliche Erklärung zu der rechtsgültigen Form des Geschäfts so wenig vorschreibt, daß es vielmehr im § 730 I 11 zur Vollständigkeit des Schuldscheins ganz ausdrücklich nur die Unterschrift des Schuldners erfordert.

Auch der Umstand, daß für die Rückzahlungszeit schon eine gesetzliche Bestimmung existirt, führt zu keiner anderen rechtlichen Auffassung. Man darf nämlich nicht etwa sagen: der Darlehnsgläubiger sei gesetzlich berechtigt, die Rückzahlung in drei Monaten zu fordern; lasse er hierin etwas nach, so gebe er ein wohlerworbenes Recht auf, leiste einen Verzicht und stelle sich somit auch als Hauptverpflichteter dar, der bei schriftlicher Fassung den Kontrakt mit zu unterschreiben habe. Damit würde das Verhältniß zwischen dem Privatwillen und den gesetzlichen subsidiären Normen überhaupt und namentlich das auch hier obwaltende verkannt werden. In §. 761 I 11 ist der Privatwille als das principale sowohl der Geltung als der Zeit nach gedacht. Setzen die Parteien eine andere als jene Frist des § 761, so ändern sie nicht einen schon vorher bestandenen gesetzlichen Zustand, sondern geben die erste Norm für die bis dahin unter ihnen noch unbestimmte Frage.

Allerdings ist ein anderer Gang der Dinge denkbar, daß etwa die Parteien zuerst mit der gesetzlichen Norm zufrieden waren, späterhin eine Aenderung treffen, und auch diese Abreden als auf einander folgende Akte dokumentiren, wo dann freilich für den zweiten, wenn er schriftlich verfaßt wird, eine Unterschrift des Gläubigers erforderlich erscheint. Wenn jedoch nur ein Schuldschein mit Bestimmung der Zeit vorliegt, so fordert das Gesetz nur die Unterschrift des Schuldners, der sich als der alleinige Hauptverpflichtete darstellt. Es nimmt also an, daß diese Zeitbestimmung von Anfang an die unter den Parteien gewollte gewesen sei, welche die gesetzliche von vorn herein habe ausschließen, gar nicht zur Wirksamkeit habe kommen lassen sollen, so daß also dann von einem Aufgeben des Gläubigers auf ein schon erworbenes Recht nicht die Rede ist.

Gründe: b. Der § 738 I 11 ALR. enthält eine Ausnahme von der Regel des § 732 daselbst, daß Schuldscheine die Vermuthung für die Richtigkeit ihres Inhaltes so lange begründen, als das Gegentheil nicht ausgemittelt ist. Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt sind, soll die Vermuthung, daß Valuta nach dem Inhalte derselben wirklich gegeben worden, erst eintreten, wenn der Schuldner innerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken

---

bestehende Schuldverhältniß vom Gläubiger darzuthun, § 867 h. t.; StrA. 15 S. 71; 54 S. 172. Was der Schuldschein zu enthalten hat, um als Darlehnsschuldschein zu gelten, darüber vgl. StrA. 6 S. 332; 78 S. 119; 19 S. 19; OHG. 14 S. 64 unt. Nr. 214 und über die Frage nach der Bedeutung des s. g. abstrakten Schuldversprechens ohne Angabe der causa oblig. Nr. 95, Bd. 1 S. 412, 413, 415, 416 u. Erk. b. Nr. 47, Bd. 1 S. 175 u. das. S. 177, auch Erk. c. u. dazu jetzt Liebe, der abstrakte obligator. Vertr. in Gruchot, Bd. 28 S. 542 ff.

Von begründender Bedeutung ist der Schuldschein aber, soweit er Bestimmungen enthält, die über die aus dem realen Empfang des Darlehns hinaus folgende Verpflichtung zur Rückzahlung unter den gesetzlichen Bestimmungen, §§ 727, 728, 761, 768, 769 ff., den Empfänger zur Verzinsung, vgl. Nr. 217, oder zu anderen als den gesetzlichen Bedingungen in Bezug auf Zeit oder Ort verpflichten sollen. Für die nach Art. 274, 277 HGB. zu beurtheilenden Verträge gilt dies nach Art. 317 HGB. nicht, StrA. 80 S. 288; ObTr. 76 S. 319, 336. Nach § 729 sollen solche Bestimmungen schriftlich ohne Unterschied des Objekts fixirt werden, um den Gläubiger zur Klage zu berechtigen, und es ist eine alte Streitfrage, ob der § 729 auch dem Schuldner das Recht aus blos mündl. Abreden versagt. In StrA. 6 S. 114, wo der Schuldner exzipirte, daß mündlich verabredet, er solle zurückzahlen, sobald er mit Leichtigkeit dazu im Stande, ist letzteres bejaht, weil beim Mangel der Schrift nach §§ 729, 730 lediglich § 761 entscheide. Die Praxis scheint daran festgehalten zu haben. Ebenso RG. in Gruchot 28 S. 454. Ebenso ist durch den PlBeschl. Erk. a. der Grundsatz festgestellt, daß es um die Darlehnsobligation mit den im Schuldschein fixirten

lassen. Die Folgen der unterlassenen Eintragung der Protestation in der bestimmten Frist sind im nächstfolgenden § 739 angegeben. Zu Gunsten des ersten Inhabers entsteht alsdann die Vermuthung der wirklich gegebenen Valuta und gegen einen Dritten kann sich der Schuldner des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta nicht mehr bedienen. Letzteres ist nur eine Anwendung des in den §§ 423 bis 426 I 20 ALR. aufgestellten allg. Grundsatzes, daß der Schuldner sich seine Einwendungen gegen eine eingetragene Forderung Dritten gegenüber unbedingt sichern kann, wenn er dieselben innerhalb vier Wochen nach Eintragung der Forderung im Hypothekenbuche vermerken läßt. Bei Darlehen ist ihm ein besonderer Schutz gegen die Strenge des Glaubens des Hypothekenbuches noch dadurch gewährt, daß die Urkunde, auf welcher die Schuld beruht, bis zu einem bestimmten Zeitpunkte und Ereignisse der Beweiskraft entbehren soll. Der Grund der Ausnahmebestimmung findet sich in den §§ 175 bis 181 Tit. 2 der Hyp.-O. v. 20. Dezember 1783 ausgesprochen, aus denen die §§ 738 und 739 a. a. O. entnommen sind. Es wurde angenommen, daß der Gläubiger einer Hypotheken-Darlehnsforderung nicht früher zu zahlen pflege, als bis ihm durch Aushändigung des Hypothekeninstrumentes Gewißheit über die nach der Abrede erfolgte Eintragung verschafft worden und deshalb die verschriebene Summe häufig eingetragen werde, bevor sie wirklich gezahlt sei. Gegen Ansprüche arglistiger Gläubiger aus solchen Eintragungen sollten der Schuldner und Dritte bei Erwerbung von Rechten auf die Post sicher gestellt werden.

Ob dieser Grund in der vorausgesetzten praktischen Bedeutung noch fortdauert, kann dahingestellt bleiben. Aus dem Wegfallen des Grundes würde sich für Aufhebung der Vorschrift selbst etwas Zuverlässiges nicht entnehmen lassen. Sie muß aber für aufgehoben erachtet werden, weil sie mit den Vorschriften des neueren Gesetzes, durch welches die Grundsätze über Entstehung und Wirkung der Hypothek anderweit geregelt sind, nicht im Einklange steht.

Nach § 38 Ges. v. 5. Mai 1872 Abs. 2 ist an weitere Bedingungen, als die Gutgläubigkeit, der Erwerb von wirksamen Rechten auf die Hypothek gegen Entgelt nicht gebunden. Die Befugniß des Schuldners, sich seine Einwendungen durch Eintragung eines Vermerkes im Grundbuche binnen einer gewissen Frist gegen Dritte unbedingt, auch mit rückwirkender Kraft, zu erhalten, §§ 424, 425 I 20, besteht nicht mehr; die Beschränkung, daß Rechte auf die Hypothek mit Sicherheit erst nach Ablauf der dem Schuldner bewilligten Frist erworben werden können, § 426 das., ist beseitigt. Die Hypothek gelangt nicht erst nach Eintritt eines bestimmten späteren Zeitpunktes zu rechtlichem Dasein, sie äußert sofort nach ihrer Entstehung und nach Aushändigung der Urkunde an den Gläubiger volle Wirkung. Dem neueren Gesetze kann mithin

---

Bedingungen zu begründen, es außer der Ausstellung des Schuldscheins und der Annahme desselben durch den Gläubiger nicht der schriftlichen Erklärung des Gläubigers bedarf. Die Entscheidung in der Sache selbst, welche zu dem PlBeschl. Anlaß gab, ist in StrA. 6 S. 231 mitgetheilt. Die Geltung des jüngeren Schuldscheins folgte in dem Fall aus § 262 I 5 Nr. 85, Bd. 1 S. 334. Der PlBeschl. hat seine Bedeutung aber auch nur für den über die Bestimmung der Rückzahlungspflicht nicht hinausgehenden Inhalt u. der § 729 trifft nicht Abreden, welche nicht die Begründung der Darlehnsobligation, sondern deren Lösung betreffen. In StrA. 9 S. 257 hatte A. dem B. einen Revers über Darlehn und dessen Verzinsung ausgestellt, in welchem es außerdem hieß, daß die Rückzahlung des Kapitals vor dem Tode des B. nicht erfolge, nach dem Tode des B. das Kapital der Ehefrau des A. verbleibe, welcher es als Heirathsgut verbleiben solle. In letzterer Bestimmung hat das ObTr. offensichtlich mit Recht ein dispos. m. c. zu Gunsten der Ehefrau des A. gefunden, die als solche nicht verbindlich, weil ihr die verpflichtende Unterschrift des B. fehlte, unter § 730 nicht fiel, weil es sich um Abweichung von den gesetzlichen Modalitäten des Darlehnsvertrages nicht handelte. Im Uebrigen konnte der Inhalt des Schuldscheins als Ausschließung der Rückzahlung für die Lebenszeit des B. aufgefaßt werden; soweit würde der Revers für B. bindend gewesen sein.

In StrA. 89 S. 325 hatte A. dem B. ein Darlehn in Aktien von 1400 gegeben, das nach dem Schuldschein an bestimmtem Tage fällig. Als die Aktien an diesem Tage nicht zurückgegeben wurden, verabredete man mündlich, daß, da die Papiere am Fälligkeitstage 1700 gestanden, B. 1400 u. 120 baar zahlen solle. Die 1400 wurden gezahlt, die Zahlung der 120 geweigert, die Kläger darauf vom 2. Richter auch abgewiesen, weil nach § 730 die

die Annahme nicht zu Grunde liegen, daß die Schuldurkunde, durch welche die persönliche Schuld sowohl, als die Hypothek begründet werden, der Beweiskraft ermangele. Unzweifelhaft steht dem Schuldner, dritten Erwerbern gegenüber, die Berufung auf den § 738 nach dem § 38 Ges. v. 5. Mai 1872 nicht mehr zu. Daraus folgt aber weiter, daß die Ausnahmevorschrift auch in Ansehung des Verhältnisses des Schuldners zu dem ursprünglichen Gläubiger nicht mehr in Kraft besteht. Der Schuldurkunde kann Beweiskraft nicht abgesprochen oder beigelegt werden, je nachdem der Anspruch aus der Hypothek von dem ursprünglichen Gläubiger oder von einem weiteren Inhaber geltend gemacht wird. Beweist sie für den Dritten, so muß sie auch schon in der Hand des ersten Gläubigers beweisend gewesen sein.

Sodann hängt die Eintragung der Vormerkung zur Erhaltung der Einrede der nicht erhaltenen Valuta nicht mehr lediglich von dem Willen des Schuldners ab. Sollte dem Schuldner absoluter Schutz gegen die Eintragung aus einer Urkunde, auf welche noch keine Valuta gezahlt ist, gewährt werden, so mußte ihm auch unbeschränkt freistehen, den Einwand im Hypothekenbuche vermerken zu lassen. Nach dem § 177 Tit. 2 der Hyp.-O. geschah demzufolge die Eintragung der Protestation auf unmittelbare Anzeige bei der Hypothekenbehörde. Weiterhin bestimmte das Ges. v. 24. Mai 1853 § 49, daß die Eintragung der Protestation innerhalb 38 Tagen nach der Eintragung des Darlehns auf den Antrag des Schuldners bei der Hypothekenbehörde erfolgen solle, auch wenn der Einwand nicht bescheinigt sei, während nach § 50 das. nach Ablauf der 38 Tage die Protestation, wie die wegen anderer Einwendungen nur auf Requisition des Prozeßrichters, welchem der Einwand zu bescheinigen war, eingetragen werden durfte. Diese durch den § 143 der GrBO. v. 5. Mai 1872 aufgehobenen Vorschriften standen in enger Beziehung zum § 738. Aus ihnen erhellt klar, daß die unbeschränkte Befugniß, die Protestation eintragen zu lassen, dem Schuldner nur so lange zustand, als der Schuldurkunde die Beweiskraft noch fehlte und daß sie auf den Mangel der Beweiskraft gegründet war. Das Ges. v. 5. Mai 1872 enthält keine besonderen Bestimmungen über die Vermerkung des Einwandes im Grundbuche. Die allgemeinen Vorschriften sind dafür maßgebend. Nach dem § 49 a. a. O. erfolgt die Eintragung von Beschränkungen des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über die Hypothek entweder mit Bewilligung des Gläubigers oder auf Ersuchen einer zuständigen Behörde. Wenn der Gläubiger die Bewilligung der Löschung verweigert, so ist im § 60 dem Eigenthümer überlassen, zugleich mit der Klage gegen den Gläubiger bei dem Prozeßrichter den Antrag zu begründen, das Grundbuchamt zu ersuchen, daß bei der Hypothek Widerspruch gegen weitere Verfügung des Gläubigers vermerkt werde. Nach dem § 70 hat der Prozeß-

---

schriftl. Form erforderlich gewesen. Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt, weil kein Vertr. über Darlehn, sondern über Tilgung der fälligen Darlehnsschuld vorliege, der nach §§ 156, 161 I 5 durch Zahlung der 120 zu erfüllen, da der Bekl. die 1400 nicht zurückfordern, sondern verrechnen und nur die 120 nicht zahlen wolle.

Noch weniger will das Erk. a. besagen, daß der Gläubiger nicht seinerseits gegen den Inhalt des Schuldscheins den Beweis führen kann, z. B. in StrA. 23 S. 49, daß in dem Falle der inzwischen aufgehobenen §§ 232, 233 I 14 (Mitunterschrift von Frauen- u. Mannsperson, Frau als Bürge) in Wahrheit die Frau das Darlehn erhalten. Das Gleiche muß für § 206 I 14 gelten, StrA. 83 S. 214.

Die Erk. c. u. d. behandeln zwei sich hieran und die oben schon berührte Frage, was der Schuldschein im Sinne § 730 enthalten müsse, anschließende Fragen, das Erk. c. zunächst die, ob der eigene Wechsel nach Verjährung oder Präjudizirung Bedeutung als Beweismittel behalte, denn daß er seine Bedeutung als dispositive, die Schuld begründende, ein absolutes Zahlungsversprechen (ohne Rücksicht auf die materielle causa) enthaltende Urkunde durch Verj. oder Präjudizirung verliert, ist nicht bedenklich, OHG. 9 S. 354 (Wechsel nicht kaufm. Verpflichtungsschein). Die Frage ist grundsätzlich im Erk. c. wie schon früher bejaht, dabei aber ziemlich konstant daran festgehalten, daß vorsichtig zu prüfen, ob der Wechsel die Kontenta eines Schuldscheins, namentlich die causa, ersehen lasse. Außer in dem im Erk. c. angezogenen StrA. 14 S. 304, wo trockener Wechsel mit Zinsversprechen vorlag, ist die Frage in zahlreichen anderen Erk. behandelt, namentlich in ObTr. 29 S. 192; Präj. 2564; 9 S. 331; Präj. 1375; StrA. 3 S. 115; 32 S. 47; 55 S. 117.

richter auf den Antrag einer Partei die Eintragung einer Vormerkung bei dem Grundbuchamte nachzusuchen, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht sind. Danach entscheidet über die Eintragung der Vormerkung jetzt in allen Fällen das Ermessen des Prozeßrichters, welchem der Schuldner unterworfen ist. Er muß sein Widerspruchsrecht glaubhaft machen, auf den Mangel der Beweiskraft der Schuldurkunde darf er sich nicht mehr berufen. Auch hieraus ergiebt sich, daß die Ausnahmebestimmung als fortbestehend im neuen Gesetze nicht anerkannt ist. (Förster, Grundbuchr. S. 202.)

Gründe: c. Es handelt sich also um einen Darlehnsanspruch, zu dessen Durchführung das Schriftstück, welches nicht mehr zur wechselmäßigen Geltendmachung geeignet ist, vom Kläger nunmehr zunächst als Beweismittel herangezogen wird. Ob diese Beweisantretung zum Ziele führen kann oder nicht, das ist eine rein prozessualische Frage, weshalb bei Beantwortung derselben, obgleich der Wechsel in Frankfurt a. M. ausgestellt worden, die preußisch-rechtlichen Grundsätze maßgebend sind, welche übrigens von den einschlagenden Regeln des gem. Prozesses nicht abweichen.

An und für sich ist anzuerkennen und in der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes wiederholt anerkannt worden, daß die in einem eigenen Wechsel enthaltene civilrechtlich gültige Schuldverschreibung selbst nach eingetretener Präjudizirung desselben den Aussteller verpflichtet. Der App.-Richter, welcher hiermit einverstanden ist, hat jedoch in überzeugender Weise dargelegt, daß die Erfordernisse einer gültigen Schuldverschreibung bei dem erwähnten Schriftstück nicht anzutreffen sind. Letzteres trägt nach Angabe der verschriebenen Wechselsumme die im Wechselformular gedruckten Worte: Valuta empfangen und leiste zur Verfallzeit prompte Zahlung nach Wechselrecht, — auch ist in die offene Stelle nach Valuta das Wort baar eingeschaltet worden. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß der Vermerk des Valutenempfanges zwar nicht mehr zu den Requisiten eines Wechsels gehört, aber erfahrungsmäßig vermöge einer Nachwirkung des entsprechenden ehemaligen Erfordernisses noch vielfach gemacht wird und auf gedruckten Formularen, wie vorliegend, eine Stelle zu finden pflegt, ohne daß damit etwas Thatsächliches beurkundet werden soll. Die formale Natur des Wechsels läßt regelmäßig den Schluß auf die Absicht des Ausstellers zu, nichts Anderes, als eben einen Wechsel zu schaffen. Wenn jedoch in einem gegebenen Falle dem Bekenntniß des Valutenempfangs wirklich eine Bedeutung vom Aussteller hat beigelegt werden sollen, so ist damit nichtsdestoweniger, sofern nicht besondere Ausdrücke im

---

In ObTr. 29 S. 192 hatten A. u. B. den Wechsel ausgestellt, in welchem Baarempfang u. Zinspflicht enthalten, und der Kläger, an dessen Ordres der Wechsel ausgestellt, verlangte nach Präjudizirung des Wechsels von A. Zahlung unter der Behauptung, daß die Wechselsumme Beiden als Darlehn gegeben, worüber er sich auf den Wechsel berief. Das ObTr. hat den Bekl. trotz seines Bestreitens, daß er das Darlehn erhalten, verurtheilt, weil er durch seine Unterschrift solidarisch, § 430 I 5, Nr. 123, Bd. 1 S. 556, verhaftet und nicht behauptet, daß B. das Darl. nicht erhalten, der Wechsel aber als Urkunde seine Bedeutung behalte für die außer der Wechselverpflichtung in ihm enthaltenen Willenserklärungen. Auf demselben Standpunkte steht OHG. 5 S. 253, wo der Wechsel „über baar und richtig empfangene 950 mit Verpflichtung, zu verzinsen" ausgestellt war. Das OHG. deduzirt, daß der § 730 die Ausstellung eines Schuldscheins in Wechselform nicht ausschließe, die Ausstellung des Wechsels über eine Schuld die ursprüngliche Verpflichtung nicht ändere (keine nov. vgl. bei I 16), nichts entgegenstehe, den präjudizirten, verjährten trockenen Wechsel als Schuldschein zu behandeln, falls die Valuta aus ihm ersichtlich. Deshalb ist in OHG. 21 S. 129 das Bekenntniß „Werth erhalten" nicht für genügend erachtet. Auch in OHG. 22 S. 304 ist darauf hingewiesen, daß konkret zu prüfen, ob und wieweit durch den Wechselinhalt der Beweis nach der Richtung hin erbracht, daß die verschriebene Summe von dem daraus Klagenden und als Darlehn gegeben, wo solches behauptet wird. Das Wechselgiro kann deshalb, wie auch in StrA. 3 S. 115 angenommen und in OHG. 9 S. 354, 355 angedeutet, nicht als Cession für den Darlehnsanspruch gelten, da Giro Legitimation nur erbringt, wo ein indossables Papier vorliegt. In StrA. 78 S. 119 handelte es sich um einen vom Kläger

Wechsel gewählt worden sind, wenig gewonnen. Valuta bezeichnet Dasjenige, was der Aussteller für den Wechsel sich ausbedungen hat, und kann in jedem beliebigen Vermögenswerth, also nicht allein in baarem Gelde, sondern auch in Waaren, sie kann ferner unbeschadet des Ausdruckes „empfangen" in der Stipulirung eines künftigen vom Wechselnehmer zu gewährenden Vortheils bestehen. Selbst die baar empfangene Valuta kann auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse sich beziehen, dieselbe kann z. B. zurückzuführen sein auf ein zu erstattendes Depositum, auf Gelder, welche zur Ausführung eines Mandats gegeben worden u. s. w. (vergl. Seufferts Arch. 18 S. 445). Darum ist dem App.-Richter beizustimmen, wenn er dem Bekenntniß, Valuta baar empfangen zu haben, die Beweiskraft für die Darlehnsnatur des Empfangenen abspricht. Jedenfalls aber fehlt die quantitative Bestimmung des baar Empfangenen. Es spricht nämlich weder eine gesetzliche noch eine faktische Vermuthung für die Uebereinstimmung der Valuta, deren Höhe lediglich von der Vereinbarung der Interessenten abhängt, mit der Wechselsumme.

In welchem Maße Angesichts dieser Betrachtungen ein trockener Wechsel der vorliegenden Art einem Darlehnsanspruch als Beweismittel zum Grunde gelegt werden kann, das ist Sache der konkreten richterlichen Würdigung, und von diesem Gesichtspunkt aus sind einige veröffentlichte Erkenntnisse des ObTr., worin einem trockenen Wechsel die Bedeutung eines Schuldscheins (§ 730 I 11 ALR.) beigemessen ist, zu beurtheilen. Dahin gehört das StrA. 14 S. 304 abgedruckte Erk. v. 31. Oktober 1854, wo ein mit Zinsversprechen versehener eigener Wechsel, in welchem das Versprechen der Rückzahlung gefunden wurde, vorlag, übrigens die Hauptfrage die war, ob der Geltendmachung des Wechsels als eines Schuldscheins die Wechselverjährung entgegenstehe. Das Ergebniß, zu welchem der App.-Richter gelangt, daß nämlich das Schriftstück zum Erweise einer schon damals bestandenen Darlehnsschuld von einem bestimmten Betrage ungeeignet sei, muß nach den obigen Erwägungen gebilligt werden.

Revident hält eventuell das mehrgedachte Schriftstück deshalb, weil es einen rechtsverbindlichen Anerkennungsvertrag darstelle, für ausreichend, den Klageanspruch zu begründen, welche Ansicht bereits der vorige Richter zu widerlegen gesucht hat. Entscheidend ist das gem. R., unter dessen Herrschaft der Wechsel ausgestellt ist und die angedeutete selbstständige causa debendi hervorgebracht haben soll. Die Revisionsschrift begnügt sich mit der Hinweisung auf ein Erk. des ObTr. v. 30. April 1867 in Seufferts Arch. Bd. XXI. S. 52, wo ein solcher Anerkennungsvertrag gefunden wird in folgendem Schein: „Unterzeichneter N. N. bekennt, dem Kaufmann P. P. in S. Fl. 86 43 schuldig zu sein. Ich verspreche, solche nach drei Monaten von

---

an seine Order auf den Bekl. gezogenen, von diesem acceptirten Wechsel, zahlbar nach 3 Monaten, aus welchem nach Präjudizirung und Verjährung des Wechsels mit der Behauptung, daß er über ein Darlehn acceptirt, auf Zahlung mit 6 Pr. Zinsen vom Verfalltage geklagt wurde. Der Empfang des Darlehns auf den Wechsel war unstreitig, der 2. Richter sprach aber 5 Proz. Zinsen nur von der Klagezustellung zu, weil der Wechsel als Schuldschein über Darlehn nicht gelten könne, im Uebrigen nach seiner Beseitigung durch Präjudizirung nicht in Betracht komme. Das ObTr. sprach dagegen die geforderten Zinsen zu, weil der Wechsel immer das schriftliche Zahlungsversprechen enthalte und es für die Verpflichtung aus dem Darlehn genüge, daß die Zeit der Rückzahlung in irgend einem Schriftstück, auch wenn es kein Schuldschein, fixirt. Letzteres ist richtig, die Entscheidung im Uebrigen aber offenbar schon um deswillen bedenklich, weil der Wechsel kein Schuldschein über ein Darlehn war, die Zahlung aus dem Wechsel nur mit Präsentation des Wechsels beim Schuldner gefordert werden konnte, ohnedies kein Verzug eintrat, wie sonst anders als durch Klageerhebung Verzug eingetreten sein sollte, nicht ersichtlich ist. Vgl. OHG. 22 S. 304, 305 (unt. 2).

Hieran und an das Erk. d. schließt sich der bereits unt. Nr. 214 erwähnte Fall OHG. 5 S. 253, wo der eine socius dem anderen ausscheidenden über seine Einlage einen Schuldschein in Form eines trockenen Wechsels mit dem Bekenntniß baaren und richtigen Empfangs und Zinsversprechen ausgestellt hatte und nach Präjudizirung aus demselben auf Zahlung klagte. Hier ist angenommen, daß der Wechsel als Schuldschein über eine Darlehnsobligation zu erkennen, und daß es unerheblich, wenn die Schuld ihrer unmittelbaren Entstehungsart nach nicht

heute ab zurückzubezahlen und bis dort mit 5 Prozent zu verzinsen.“ In den Gründen jenes Erkenntnisses heißt es, die Absicht des Unterzeichners, sich dem P. P. zu verpflichten, folge namentlich aus dem Versprechen der Verzinsung und der Zurückzahlung. Die Lehre von der rechterzeugenden im Gegensatz zur beweisenden Kraft eines Anerkenntnisses ist neu und in Theorie und Praxis noch nicht zum Abschluß gediehen. Ihre Vertreter, und insbesondere ihr Urheber Bähr, gehen zumeist nicht so weit, rein abstrakte Zahlungsversprechen, wie deren die Art. 301 ff. des ADHGB. gedenken, nach Civilrecht mit Klagbarkeit auszustatten, sondern sie erfordern in der betreffenden Urkunde mindestens die allgemeine Bezeichnung des eigentlichen Schuldgrundes, z. B. durch die Worte: „zufolge Kaufs“, oder „aus einer Verwaltung zufolge Abrechnung“, oder, wie im Erk. v. 30. April 1867, das durch das Versprechen der Rückzahlung kund gegebene Zugeständniß, Geld mit der Verpflichtung zur Erstattung empfangen zu haben. Unter allen Umständen aber muß der animus se obligandi klar erhellen. Es genügt für den vorliegenden Fall hervorzuheben, daß es an dem letzteren Postulat ermangelt, was im Hinblick auf die obigen Erörterungen über die Natur des Wechsels als eines Schuldscheins nicht zweifelhaft sein kann. Der Beklagte hat nur einen Wechsel ausgestellt und sich nach Wechselrecht verpflichtet, er hat im Wechsel keine Summe genannt, welche er dem Kläger schon aus früherer Zeit schulde, und es ist völlig unstatthaft, nach eingetretener Präjudizirung, also außerhalb des Wechselprozesses, die wechselmäßig versprochene Summe als Gegenstand eines Anerkennungsvertrages zu behandeln. Die gegentheilige Ansicht würde dahin führen, daß im Widerspruch mit Art. 83 WO. und unter gänzlicher Aufgebung des Erfordernisses einer causa debendi civilis, wodurch allein die Individualisirung einer Obligation ermöglicht wird, aus jedem, mithin auch aus einem gezogenen Wechsel, trotz erfolgter Präjudizirung desselben, jeder frühere Wechselverpflichtete wegen des gegebenen abstrakten Zahlungsversprechens verhaftet bliebe.

Ist somit der jetzt vorliegende Wechsel weder als Beweismittel für vorhergegangene Rechtsgeschäfte der Parteien, noch als s. g. Anerkennungsvertrag dazu angethan, die Klage zu stützen, so würde die Bestätigung des den Kläger abweisenden Erkenntnisses geboten sein, wenn nicht der Beklagte dem Kläger durch ein theilweises Zugeständniß zu Hülfe gekommen wäre. Nach der Klage war schon vor dem 16. März 1868 die Schuld des Beklagten durch empfangene baare Darlehne in Höhe von 42,000 Rthlrn. entstanden. Der Beklagte räumt ein, „bis zu jenem Tage einzelne Darlehne von zusammen höchstens 8—10,000 Rthlrn. vom Kläger erhalten zu haben, welche in die im Wechsel verschriebene Summe mit aufgenommen worden

---

aus Darlehn, sondern einem Auseinandersetzungsvertrage über die Handlungsgemeinschaft herrühre. Dabei ist auf das Erk. d. u. die §§ 185, 191 I 5 Bezug genommen und Gewicht darauf gelegt, daß das beurkundete und das wirkliche Rechtsgeschäft nicht heterogener Natur, sofern es als darlehnsartiges Rechtsgeschäft erscheine, wenn der soc. die Rückzahlung der Einlage, die mit der Bedingung dereinstiger eventueller Rückzahlung aus dem Bestande des Gesellschaftsvermögens gegeben, als Selbstschuldner unbedingt übernehme; jedenfalls sei eine Zahlungsverpflichtung übernommen und auch die causa deb. zutreffend und ausreichend angegeben.

Der Grundsatz des Erk. d. über die Bedeutung der §§ 866—868 u. des Schuldscheins mit unrichtiger causa ist konstant festgehalten. Vgl. übrigens Nr. 59, Bd. 1 S. 229, 231, namentlich Erk. b. Er ist praktisch namentlich für die §§ 11, 12 I 20. Vgl. dort ObTr. 40 S. 138 (StrA. 30 S. 350); StrA. 52 S. 181; 63 S. 303; 82 S. 238; 1 S. 315. Uebereinstimmend außer OHG. 5 S. 253 auch OHG. 5 S. 424 u. 8 S. 148. In letzterem Falle waren Schuldscheine über Darlehne ausgestellt, während es sich in Wahrheit um Erbgeldforderungen handelte. Der 2. Richter wies die Klage ab, obwohl der Bekl. selbst nicht einmal Einrede daraus erhoben, nur Zahlung u. comp. eingewendet hatte, indem er auf § 653 sich berief und ausführte, daß § 454 I 16 unanwendbar, weil die ausdrückliche Abrede fehle. Das OHG. vernichtete unter Bezug auf §§ 867, 868 und weil die Frage, ob nov. vorliege, nur in Betracht komme, wenn die Richtigkeit der ursprünglichen Forderung bestritten.

Zu den ganz exzeptionellen, deshalb jede analoge Anwendung ausschließenden §§ 743, 744 h. t. verlangt StrA. 77 S. 222 mit Recht ausdrückliches und doloses Bestreiten durch den Aussteller selbst.

seien, weshalb insoweit dem Wechselgeschäft ein ursprüngliches Darlehnsgeschäft wirklich zum Grunde liege."

Es waltet kein rechtliches Hinderniß ob, jenem Geständnisse volle Wirkung zuzugestehen.

Gründe: d. Dem App.-Richter ist zwar darin beizutreten, daß das in der Schuldurkunde abgegebene Geständniß der erhaltenen Valuta dem Kläger nach den §§ 733, 735 I 11 ALR. nicht entgegen steht. Der App.-Richter ist aber zu weit gegangen, wenn er lediglich deshalb, weil festgestellt worden, daß ein Darlehnsgeschäft nicht obwaltet, die dem Verklagten bestellte Hypothek für wirkungslos erklärt. Dies steht mit den Vorschriften der §§ 866, 867, 868 I 11 ALR. in Widerspruch. Nach diesen Vorschriften kommt es wesentlich darauf an, ob überhaupt ein Rechtsgeschäft besteht, welches geeignet ist, eine Zahlungsverbindlichkeit des Klägers rechtlich zu begründen, und ob der Verklagte ein solches Rechtsgeschäft nachzuweisen vermag. Ist dies der Fall, so wird dadurch, daß über die schuldige Summe ein Schuldschein als über ein Darlehn ausgestellt worden, in der Natur des Geschäfts Nichts geändert; der ausgestellte Schuldschein hat aber rechtlich die Wirkung, daß dadurch die sonst nöthige Form ergänzt wird, also der Mangel der Schrift nicht vorgeschützt werden kann. Das Letztere folgt insbesondere aus den §§ 720, 868 I 11. Denn nach § 720 besteht, wenn das Schuldinstrument über den bedungenen Kaufpreis gegebener Waaren ausgestellt worden, das Geschäft als Kaufkontrakt, das Kaufgeschäft wird also aufrecht erhalten; und nach § 868 soll der Schuldschein, welcher über ein Darlehn ausgestellt worden, wiewohl ein solches nicht gegeben ist, hinsichts der verheißenen Zinsen Geltung haben, ersetzt also die schriftliche Form, welche nach § 824 zum Zinsversprechen unerläßlich ist. Soweit also die unter der Form eines Darlehns verbriefte Forderung ihrem wahren Wesen und Ursprunge nach rechtsgültig ist, bleibt sie auch zu Recht beständig und eben deshalb auch das durch die Eintragung des vorgeschobenen Darlehns erlangte Hypothekenrecht in Kraft. Hiernach unterliegt daher die Entscheidung des App.-Richters, durch welche die §§ 866, 867 I 11 durch Nichtanwendung und folgeweise der § 12 I 20 daselbst verletzt ist, der Vernichtung, und es muß in der Hauptsache auf die Frage eingegangen werden, ob dem Verklagten ein rechtsgültiger Anspruch zur Seite steht.

Nr. 217. §§ 730, 803—826 (Ges. v. 14. Nov. 1867; Ges. v. 24. Mai 1880), §§ 827—834, 835—852; II 20 §§ 1271, 1272. Darlehn. Zinsen. Begriff. Beschränkungen. Forderung u. Verlust.*)

a. Erk. v. 28. Sept. 1839; ObTr. 5 S. 345.

b. PlPräj. 2584 v. 4. Dez. 1854; ObTr. 29 S. 13 (StrA. 15 S. 261).

c. PlPräj. 1605 v. 12. Sept. 1845; ObTr. 11 S. 3.

d. Erk. v. 27. Mai 1867; ObTr. 58 S. 100 (StrA. 67 S. 237).

Im Falle a. war der Beklagte zur Zahlung eines Kapitals nebst Verzugszinsen verurtheilt und hatte die Judikatsumme erst längere Zeit nach dem Urtheil gezahlt. Er wurde deshalb auf Zahlung von Zinsen von den zugesprochenen Verzugszinsen vom Tage der Rechtskraft des Urtheils ab belangt, diese Klage aber in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle b. handelte es sich um die Frage, ob und inwieweit ein Gegenbeweis gegen die in § 843 h. t. aufgestellte Vermuthung statthaft und ob ein mündlicher Vorbehalt genüge.

---

*) Vgl. Windscheid 1 § 130_{24}; 2 §§ 259—261; Dernburg 2 §§ 34—38; Förster (Eccius) 1 § 68; Art. 287—293 HGB. — Vgl. über die §§ 837, 840 unt.

Das Plenum hat angenommen, dass die Vermuthung durch jeden, auch mündlichen Vorbehalt gehoben werde. — Im Falle c. war eine Entschädigung nebst Zinsen seit der Klage gefordert, erstritten, bezahlt und darüber unter Vorbehalt der Zinsen bis zur Klage quittirt, diese früheren Zinsen dann eingeklagt. Es fragte sich, ob dies zulässig. Das Plenum hat gegen die frühere Meinung angenommen, dass nicht eingeklagte Verzugszinsen, auf welche der Richter auch nicht erkannt, nicht nachzufordern, Verzugszinsen vom Tage des Urtheils ab nur so lange, als bis über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt. — Im Falle d. hatte A. an B. verkauft, B. das Restkaufgeld am 1. Februar 1859 zu zahlen, aber bis 1866 nicht gezahlt. A. klagte nur die Verzugszinsen ein. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen.

Gründe: a. Die angefochtene Entscheidung will zwischen vorbedungenen und Zögerungszinsen unterschieden wissen, und führt aus, daß die angezogene Bestimmung nur auf vorbedungene Zinsen bezogen werden könne. Zur Rechtfertigung dieser Annahme ist, unter Hinweisung auf die Vorschriften der §§ 818, 833 I 11 und §§ 64 ff. I 16 ALR. hervorgehoben worden, daß ein Anspruch auf Zinsen von Zinsen, der Regel nach, unstatthaft sei, der Gläubiger außer den Zögerungszinsen für den durch den Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütigung fordern dürfe, und der Ausdruck: „Zinsenrückstand“ auf Zögerungszinsen nicht passe.

Dieser Ausführung muß man als richtig beitreten.

Der Unterschied zwischen vorbedungenen Zinsen und Zögerungszinsen ist in der Natur der Sache begründet. Zögerungszinsen haben keinen bestimmten Verfalltag, an dem sie zahlbar und von welchem ab sie rückständig sind; sie können vielmehr in der Regel nur mit dem Kapitale zugleich eingeklagt werden. Sie sind ein Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch die verzögerte Zahlung des Kapitals erleidet. Den Gesetzen liegt die Annahme zum Grunde, daß der Gläubiger diesen Schaden durch die Entrichtung jener Zinsen vollkommen erstattet erhält. Nach Vorschrift der §§ 830 ff. I 11 belaufen sich dieselben auf den mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Gläubigers erlaubten höchsten Satz. Nach § 833 aber kann der Gläubiger außer den Zögerungszinsen für den durch den Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütigung fordern. Wird der Schuldner durch Erkenntniß zur Zahlung eines Kapitals und der Verzugszinsen von einem bestimmten Tage an verurtheilt, so werden dem Gläubiger, bei einem fortdauernden Verzuge des Schuldners, von dem im Urtel festgesetzten Tage an bis zur Zahlung die ferneren Zinsen des Kapitals als Entschädigung zu Theil. Dieser Grundsatz findet sich in den §§ 827, 833 anerkannt. Zinsen von den bis zur Zahlung laufenden Zinsen können dem Gläubiger nicht zuerkannt werden, denn derselbe würde alsdann, wenigstens für die Zeit von der Rechtskraft des Erkenntnisses an, eine doppelte Entschädigung erhalten, und eine solche wird durch die klare Vorschrift des § 833 ausgeschlossen.

Nr. 139a., Bd. 1 S. 651: ObTr. 81 S. 4, ebenda. Ueber die Verjährung der Zinsen, § 2 Nr. 5 Ges. v. 31. März 1838, vgl. Nr. 180b., Bd. 1 S. 1021, namentlich Erk. b.; PlPräj. 1731; ObTr. 12 S. 17 üb. die Frage, ob die Vertragszinsen diese Natur nach Hinzutritt des Verzugs behalten oder nicht, ebendarüber StrA. 4 S. 90; 11 S. 76; 48 S. 56: Bd. 1 S. 1028; über die Beseitigung des § 849 h. t., das. S. 1027. —

Die §§ 803 ff. sind von Bedeutung nicht blos für die wichtigsten, die Darlehnszinsen, sondern nach § 868 h. t., § 65 I 16 für Zinsen aus allen Schuldverhältnissen und Rechtsgeschäften. Sie enthalten den Begriff der Zinsen, ihre Beschränkung und ihre rechtl. Behandlung bei der Einforderung. Sie beziehen sich auf vorbedungene und ausdrücklich nur auf Verzugszinsen, nicht auf andere gesetzliche Zinsen, außer den Verzugszinsen, — vgl. z. B. I 11 § 109, unt. Nr. 199, Bd. 2 S. 117, 119; I 13 § 72; 14 §§ 240, 87; 16 § 194; VO. §§ 39, 40. Die Anwendung der Sätze in §§ 803 ff. auf solche ist deshalb nur da zulässig, wo sie sich aus der gemeinschaftlichen Natur aller Zinsen ergiebt, zu beachten namentlich, daß die gesetzlichen Zinsen, wie z. B. in VO. §§ 39, 40, vielfach auf einer rechtl. Thatsache beruhen, welche den Anspruch selbstständig erzeugt.

Anders verhält es sich mit den vorbedungenen Zinsen. Diese sind keine Entschädigung des Gläubigers für die verspätete Kapitalszahlung, sondern, wie das Kapital selbst, eine vertragsmäßige Leistung des Schuldners, und schon der Vertrag bestimmt deren Zahlungstag. Erfolgt die Zahlung derselben nicht dem Vertrage gemäß, so hat der Gläubiger nach der Natur des Rechtsverhältnisses, abgesehen von den besonderen gesetzlichen Bestimmungen, einen Anspruch auf das Interesse wegen der Nichterfüllung des Vertrages. Dies Interesse würde ihm an sich nicht blos vom Kapital, sondern auch von den Zinsen zu gewähren, es würde mithin eine Forderung an Zinsen von Zinsen hier begründet sein, wenn nicht auch in dieser Beziehung die Gesetze ausdrückliche beschränkende Vorschriften enthielten; §§ 818 ff. Auf eine solche Entschädigung in Ansehung der vorbedungenen, aber rückständig verbliebenen Zinsen bezieht sich die Vorschrift des § 821. Sie findet Anwendung, wenn der Schuldner zur Bezahlung vorbedungener Zinsen für einen bestimmten verflossenen Zeitraum verurteilt worden, und in der Erfüllung dieser Leistung auch noch über den Zeitpunkt der eingetretenen Rechtskraft des Erkenntnisses hinaus sich säumig zeigt. Hier ist schon vor der Entscheidung ein wirklicher, vom Verfalltage der Zinsen an beginnender Zinsenrückstand vorhanden; keineswegs ist dies aber der Fall, wenn erst im Erkenntnisse festgesetzt wird, der Schuldner solle an einem künftigen Tage mit dem Kapital auch Zögerungszinsen von einem gewissen Termin ab zahlen; vielmehr fällt dann der Zahlungstag für die Zinsen mit der Rechtskraft des Urteils zusammen.

Die Vorschrift des § 821 ist daher in der Anwendung auf vorbedungene Zinsen zu beschränken. Der Unterschied zwischen diesen und den Zögerungszinsen tritt wesentlich darin hervor, daß bei den vorbedungenen Zinsen durch den im Vertrage bestimmten Verfalltag auch der Rückstand begründet wird, bei den Zögerungszinsen dagegen für den Schuldner vor dem durch das Erkenntniß bestimmten Zahlungstage zwar eine Verpflichtung zur Zahlung vorhanden, ein wirklicher Rückstand an Zinsen aber noch nicht aufgelaufen ist.

Die Vorschriften ALR. I 16, §§ 64 ff., über die Folgen der Zögerung bei Zahlungen, stimmen ebenfalls mit diesen Grundsätzen überein. Der § 65 enthält zugleich eine ausdrückliche Hinweisung auf die Vorschriften I 11 §§ 827—834. Die Vorschrift des § 821 ist dagegen nicht mit in Bezug genommen. Sie konnte aber auch nicht mit aufgenommen werden, weil der auf Zögerungszinsen sich erstreckende § 833 deren Anwendung unzweideutig ausschließt.

Gründe: b. Die Streitfrage ist mit Beseitigung des unserer Gesetzgebung fremden und auch im gem. R. unklaren und streitigen Kunstausdruckes einer praesumtio juris et de jure dahin zu fassen: ob die im § 843 aufgestellte Vorschrift überhaupt einen Gegenbeweis gestattet, und sie zerfällt in die weiteren Fragen: ob schon der Beweis der einfachen Negation, nämlich: daß keine Zahlung und kein Erlaß der Zinsen stattgefunden, genüge, oder ob es auch des Beweises einer neben der Quittung über das Kapital liegenden, wenn auch nur mündlichen Erklärung, wo-

---

Der Begriff ist in §§ 803, 810 h. t. weit gefaßt. Darunter fällt nach StrA. 1 S. 313 z. B., wenn verabredet, daß den stipulirten 4 Proz. Zinsen für den Fall nicht pünktlicher Zahlung der Zinsen ein Strafprozent hinzutreten soll; das ist vorbedungener Zins. Vergütung für Stundung, Stehenlassen eines Kapitals, ist Zins, StrA. 19 S. 139. In OHG. 22 S. 409 hatte A. dem B. bei sich Kredit bis zu bestimmtem Betrage mit der Bestimmung eröffnet, daß B. für die Entnahme einen bestimmten Zins und außerdem eine halbjährige Provision zu zahlen. Als B. in Konkurs verfiel, ist die Liquidation der Provision für die Zeit nach dem Konkurse nicht zugelassen, weil auch die Provision Zins, § 12 Pr. KonkO., § 55 Nr. 3, § 56 Nr. 1 RKonkO. Ebenso ObTr. 76 S. 99 in einem gleichen Falle. (Monatsprovision u. Zins.)

Grundsätzlich versteht sich nach §§ 803 ff., wie nach röm. u. gem. R., die Zinspflicht nicht von selbst; sie muß durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründet sein. Das Rechtsgeschäft fordert nach §§ 730, 824 h. t. unterschiedslos (abgesehn vom Handelsrecht) Schriftform. Sind Zinsen ohne nähere Angabe des Zinssatzes versprochen, sind nach §§ 731, 840 h. t.;

durch ein Anerkenntniß der Tilgung der Zinsen ausgeschlossen wird, also eines mündlichen Vorbehaltes der rückständigen, vorbedungenen Zinsen, bedürfe.

Die streitige Gesetzstelle würde im Grunde zu dem Abschnitte „Rechtliche Präsumtionen aus Quittungen" gehören, welcher sich unter diesem Marginale in §§ 133—146 I 16 abgehandelt findet, und die Vermuthungen bei Quittungen über jüngere Termine (§§ 133—139) bei veränderter Quantität und Weise der Zahlung oder Leistung (§§ 141—145), bei Quittungen über jüngere Rechnungen der Kaufleute, (§ 147), der Apotheker, Handwerker ꝛc. (§ 148) enthält, und woselbst auch der § 140 eine Verweisung hierher ertheilt. An dieser, so in Bezug genommenen Stelle, nun folgt, nachdem zuerst „von Zinsen" (§§ 803—826), dann „von Verzugszinsen" (§§ 827—834) gehandelt worden, das Marginale „Vorschriften wegen Bezahlung der Zinsen" (§§ 835—852), wogegen sich § 835 auf die Münzsorte, §§ 837—840 auf die Vermuthung das Kapital zu verschulden, aus zehnjähriger Zinszahlung resp. die erworbene Verjährung des Kapitals durch 30jährige Zinszahlung, die §§ 849—852 auf die zehnjährige erlöschende Zinsenverjährung beziehen. Dazwischen steht eine Reihenfolge von §§ 842—848, bezüglich theils auf vorbedungene, theils auf Verzugszinsen. Nach den Gesetz-Revisoren (Pensum XV S. 156) geben die Materialien des ALR. keinen Aufschluß über die Motive dieser Anordnungen, insbesondere sind aber die §§ 845—847 ohne weitere Bemerkung eingeschaltet am Rande der Kanzleiabschrift des umgearbeiteten Entwurfs, wonach der Druck erfolgte, und in welchem sich der jetzige § 848 unmittelbar dem § 844 anschloß.

Bei dieser Art der Bearbeitung hat es an rechtlichen Kontroversen in diesem Felde nicht fehlen können. Eine derselben, betreffend den § 845, ist durch den PlBeschl. v. 12 Sept. 1845. ObTr. 11 S. 1*) entschieden worden. Auf diesen § 845 besonders in Verbindung mit § 847, wird für die Auslegung des § 843 ein Hauptgewicht gelegt.

Dagegen ist zunächst einzuwenden, das von vorn herein bei der nachträglichen Einschaltung der §§ 845—847 in einen abgeschlossenen Text zwar die Annahme einer beabsichtigten Modifikation der vorhergehenden §§, durch die eingeschalteten, an sich nicht unzuläßig erscheinen würde, daß aber ein Rückschluß aus der Redaktion der eingefügten Stellen auf die Absicht des Gesetzgebers bei der Fassung einer vorhergehenden und in voller Kraft gebliebenen Vorschrift nicht wohl gestattet, wenigstens nur mit höchster Vorsicht aufzunehmen ist. Andererseits aber liefert die ganz abweichende decisive Fassung des später eingeschalteten § 845, das Untersagen der Nachforderung, ein unabweisliches Argument dafür, daß damit auch etwas Anderes, etwas weiter Gehendes gemeint sein müsse, als mit den Ausdrücken des § 843, die doch bei der Einschaltung vor Augen lagen. Der § 847 sagt, im Gegensatz zu § 845 (in dessen durch den Plenar-Beschluß festgestellten Bedeutung) von vorbedungenen Zinsen die unbestrittene Affirmative aus, daß sie gefordert werden können, so lange über das Kapital noch nicht

---

*) Erk. c.

---

§ 129 I 5 ohne Weiteres landesübliche Zinsen zu verstehn, wie StrA. 54 S. 343 mit Recht annimmt. Dadurch ist selbstverständlich die verbindliche Zahlung nicht oder nur mündlich versprochener Zinsen nicht ausgeschlossen. In ObTr. 31 S. 392 hatte A. dem B. Darlehn, B. ihm eine Wiese zur Sicherheit übergeben, A. sie genutzt, B. sodann gegen ihn geklagt, daß er sich die Nutzungen auf das Kapital abzurechnen verpflichtet. Der 2. Richter verurtheilte, obwohl A. einwendete, daß er die Nutzungen gezogen, weil mündlich verabredet, daß er 6 Pr. Zinsen erhalten und dafür die Wiesen nutzen solle. Das ObTr. hat vernichtet, weil die §§ 729, 824 zwar die Klage auf die Zinsen ohne schriftl. Versprechen ausschließen, wo die Zinsen aber nicht gefordert, sondern gezahlt (konkret durch die gezogenen Nutzungen) nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu kondiziren. Anders lag StrA. 21 S. 347, 357, wo die Eintragung des Pfandbesitzes für den Darleiher erfolgt, aber keine Zinspflicht, aus der verabredeten Antichrese auch nichts geworden und die Früchte nicht gezogen waren. Vgl. § 140 I 20. In StrA. 13 S. 1 klagte A. Darlehn gegen B. ein, der Zahlung exzipirte, während A. replizirte, daß die Zahlung ausdrücklich als Zins geschehn. Dies wurde erwiesen

ohne Vorbehalt quittirt worden, d. h. daß sie unabhängig vom Kapital eingeklagt werden können. Dadurch ist noch nicht die Negative bestimmt: daß sie nicht gefordert werden können, wenn eine Quittung ohne Vorbehalt über das Kapital existirt.

Wollte man sich deshalb auf ein argumentum a contrario berufen, so ist ein solches doch nur da zulässig, wo dasjenige, worauf erst geschlossen werden soll, nicht schon durch ein spezielles Gesetz vorgesehen worden ist. Letzterer Fall tritt rücksichtlich jener Negative ein: gerade über sie verhält sich der § 843, bei dem es geblieben ist, der § 847 hat also darüber nichts gesagt, noch sagen wollen und können.

Aber es liegt auch in der That eine innere Verschiedenheit der Fälle des § 843 und 845 vor, und die angenommene Gleichartigkeit derselben beruht zum Theil auf unrichtigen Voraussetzungen; die Verschiedenheit wird durch die Motive des § 845, wie sie in der Ausführung des PlBeschl. von 1845 dargelegt sind, näher aufgeklärt. Es ist an und für sich nichts dagegen zu erinnern, daß man auch vorbedungene Zinsen accessiones des Kapitals nennt, es folgt jedoch daraus noch nicht, daß sie deshalb nach getilgtem Kapital von selbst erlöschen. Vorbedungene Zinsen hatten ihren unabhängigen Rechtsgrund nach altröm. R. in der Stipulation, nach dem geltenden gem. R. selbst in dem nudum pactum, wodurch sie versprochen worden. Aus diesem Fundamente können sie nach gem. R. unabhängig vom Kapital, auch nach gezahltem Kapital, eingeklagt werden. Ja die in § 843 aufgestellte Präsumtion, oder wie man sie sonst nennen will, war dem gem. R. unbekannt, sie ist eine neue Vorschrift; weder das röm. R. selbst, noch die gemeinrechtlichen Rechtslehrer räumten der Quittung über das Kapital, ohne Vorbehalt, irgendwie eine Wirkung auf die Obligation der verfallenen stipulirten Zinsen ein. Zur Auslegung und Motivirung der gedachten Modifikation kann mithin das gem. R. keinen Anhalt geben.

Ganz anders dagegen verhält es sich mit den Verzugszinsen. Der Grund, warum diese überhaupt nicht abgesondert vom Kapital eingeklagt werden können, sofern sie nicht auf einem Judikat beruhen, liegt wesentlich in der Beibehaltung von Vorschriften, welche aus der röm. Gerichts- und Prozeß-Verfassung herrühren. Nicht stipulirte Zinsen konnten in bonae fidei judiciis nur officio judicis zuerkannt werden, mit der Entscheidung über die Hauptklage. Diesem Grundsatz ist die gemeinrechtliche Praxis, und so auch das ALR. im § 845 gefolgt, als der Regel. Ausnahmen geben schon nach den Grundsätzen des Kanonischen R. Verzugszinsen ex judicato (§ 844). Außerdem bestand eine Kontroverse darüber, ob das Judikat wegen der Kapitalsforderung a dato desselben eine causa für separate Forderung der Verzugszinsen abgebe, sowie über die Wirkung eines Vorbehalts in der Quittung über das Kapital, in welcher die Billigkeit einiger Praktiker (Stryk, Lauterbach) geneigt war, analog den Uebergang der Sache in einen Vertrag zu erblicken.

Anschließend an diesen Stand der Doktrin hat der § 845 nach der im PlBeschl. adoptirten Auslegung den Grundsatz der Nichtklagbarkeit beibehalten und einen Vorbehalt nur für wirksam erklärt in Betreff der Zinsen a dato des Judikats über das Kapital, dergestalt, daß ein Vorbehalt früherer Verzugszinsen keine rechtliche Wirkung haben würde, wie das Präj. v. 11 Okt. 1853, ObTr. 26 S. 270 auch ausspricht.

B. wollte nunmehr aber mit dem Gezahlten auf das Kapital kompensiren, weil die Zinsen nicht schriftlich stipulirt. Dies ist aber abgelehnt, weil nur zu kondiziren. Vgl. den gleichen Fall StrA. 34 S. 189, unt. Nr. 69, Bd. 1 S. 270.

Wo Zinsen nicht stipulirt, werden sie nur durch mora begründet, § 827 h. t. Ihr Satz ist durch § 830 h. t., Art. 287 HGB., Art. 14 EGes. dazu normirt; provinzialrechtlich ist für Schlesien der Zinsfuß 6 Prozent, StrA. 35 S. 199. Vgl. Anm. 8 zu Ostpr. ProvR. in Rehbein u. R. ALR. § 7 Westpr. ProvR. Nach § 3 des Ges. v. 14. Nov. 1867 bleibt der vorbedungene Zinssatz nach eingetretenem Verzuge auch für die Verzugszinsen maßgebend. Vgl. dazu unt. Nr. 180b. zum Erk. b., Bd. 1 S. 1027, 1028. Verzug setzt Zögerung in Erfüllung einer rechtlich bestehenden Verbindlichkeit voraus; die Vertragszinsen fallen daher fort, wo der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehoben oder rechtlich nicht zu erfüllen und die Restitutionspflicht an die Stelle der Vertragserfüllung tritt, OHG. 20 S. 343; RG. 6 S. 316. Die für den Fiskus nach Anh. § 26 bestandene Befreiung zur Zahlung von

Die ganze Regel des § 845 beruht also durchaus auf der processualischen Unzulässigkeit der Klage, sie hat mit einer vermutheten Tilgung der Verzugszinsen nichts zu thun, daher denn auch der Ausdruck „können nicht gefordert werden". Dabei bildet der § 847, wie schon bemerkt, den Gegensatz nach der Gewohnheit des ALR.; die Zulässigkeit der separaten Klage auf vorbedungene Zinsen an sich wird hier ausgesprochen. Und da nun auch der § 846 das, was § 848 in Betreff der Wirkung des Uebergehens geforderter Verzugszinsen im Urtheile angeordnet hatte, daß sie nämlich aberkannt sind, auch auf vorbedungene Zinsen ausdehnt, somit deren Nachforderung für diesen Fall ausschließt, so erhellet, daß die ganze Einschaltung §§ 845—847 gar nicht das Gebiet gesetzlich vermutheter oder angenommener Tilgung berührt, wie der § 843, sondern lediglich dasjenige der processualischen Klagbarkeit. Diese soll bei Verzugszinsen, abgesondert vom Hauptstuhl, nicht eintreten, mit der Ausnahme § 844, 845 bei vorbedungenen Zinsen fällt sie natürlich weg, wenn dieselben aberkannt sind (§ 846).

Hiernach wird hinreichend dargethan sein, daß die §§ 845—847 der ganzen Frage fremd sind, kein Unterstützungs-Moment für die neuere Meinung abgeben, daß im Gegentheil die abweichende Klausel im § 845 mit Recht als ein Argument für die ältere Meinung angeführt wird. Die Entscheidung wird sich deshalb mit einer selstständigen Interpretation des streitigen Gesetzes selbst zu beschäftigen haben. Dieses steht durchaus auf dem Boden einer rechtlichen Vermuthung. Die Tilgung des Kapitals selbst beweist an und für sich nichts dafür, daß die verfallenen vorbedungenen Zinsen getilgt sind. Die Tilgung allein soll auch nach dem § 843 nichts dafür beweisen, sondern lediglich dann von Einfluß sein, wenn neben der geschehenen Tilgung eine von dem Berechtigten ausgehende Handlung liegt, die Quittung über das Kapital, ohne Vorbehalt der Zinsen. Die Existenz einer solchen Quittung liefert ebenfalls jenen Beweis direkt nicht; der Gesetzgeber zieht aber aus derselben einen Schluß in Ansehung des Thema des Beweises. Eine derartige Schlußfolge, die sich in Eigenschaften, Verhältnissen, Wirkungen und Folgen, welche die Sachen gewöhnlich haben, und in Umständen, die gemeiniglich vorkommen, gründet, ist aber der Beweis durch Vermuthungen.

In den meisten irgend komplizirten Rechtssteitigkeiten genügt der direkte Beweis nicht allein: Schlußfolgen, welche der Richter zu ziehen oder zu prüfen hat, müssen ihn ergänzen; die Bündigkeit dieser Schlußfolgen entscheidet daher über den intellektuellen Werth der richterlichen Urtheile; häufig wiederkehrende Erfahrung oder auch Prüfung gewisser Eventualitäten a priori, von Seiten des Gesetzgebers, kann einzelnen Schlußfolgerungen allgemeinerer Art den Charakter einer für den Richter gesetzlich bindenden Norm geben (praesumtiones juris). Es liegt in der Natur der Rechtswissenschaft, daß alle Schlußfolgen dieser Art nur den Charakter der Wahrscheinlichkeit haben können; der direkte Beweis des Gegentheils steht ihnen gegenüber frei: praesumtio cedit veritati. Man hat eine Kathegorie von Präsumtionen aufgestellt, wo der Gegenbeweis wegfällt und sie mit dem Worte praesumtiones juris et de jure benannt, ein Ausdruck, von dem schon Klaproth (ordentlicher bürgerl. Prozeß § 318) sagt, daß er sich nicht ins Deutsche übersetzen lasse, weil er eben

---

Zinsen ex lege ist durch das Ges. v. 7. Juli 1833 § 2 fortgefallen, PlPräj. 2386; ObTr. 23 S. 271 (StrA. 5 S. 358). Ueber gem. R., l. 17 § 5 D. 22, 1 vgl. RG. 7 S. 152, 161; 8 S. 174. Die §§ 833, 834 h. t. erhöhen die Verpflichtung auf das ganze Interesse über das Maß der gesetzlichen Zinsen hinaus, wenn Vorsatz bei vorhandener Fähigkeit zur Zahlung vorliegt. Daß sie auch auf den Fall des § 793 h. t. anzuwenden, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. StrA. 41 S. 159 unt. Nr. 216, wo es übrigens der Anwendung der §§ 833, 834 nicht bedurfte.

Von den Zinsbeschränkungen in §§ 804 ff. sind die des Zinssatzes durch das Ges. v. 14. Nov. 1867 aufgehoben und durch das Wuchergesetz v. 24. Mai 1880 als solche nicht wiederhergestellt. Eine andere Beschränkung giebt jetzt wieder das Ges. v. 17. März 1881 betr. das Pfandleihgewerbe. Nicht aufgehoben ist nach § 4 Ges. v. 14. Nov. 1867 das Verbot des Zins von Zins, §§ 818 ff. Darüber, daß sich das Verbot auch auf Kouponzinsen erstreckt, von solchen daher nicht wieder Zögerungszinsen zu fordern, vgl. OHG. 10 S. 212; 24 S. 388; 25 S. 257; RG. 5 S. 254, 260. Noch weniger sind Verzugszinsen

keinen Sinn habe und in Bezug auf welchen selbst Leyser Spec. 260 med. 4 gesteht, daß die meisten dafür beigebrachten Beispiele falsch seien. Böhmer aber, in den exercit. ad pand. t. IV loc. 66 §§ 5—7, u. Klaproth a. a. O., sowie Danz § 359 seiner Grundsätze des ordentlichen Prozesses, kommen darin überein, daß es sich in den richtigen Fällen dieser Art nicht eigentlich von Vermuthungen handle, sondern von Verbindlichkeiten, die die Gesetze unbedingt auflegen. Ob eine Rechtsregel einen präzeptiven Charakter dieser Art habe, muß die Erwägung derselben ergeben. Bei Vermuthungen ist im zweifelhaften Falle umsomehr dagegen zu entscheiden, da weder das ALR. noch die AGO. I 13 § 27, 28 die Kathegorie der praesumtiones juris et de jure kennen. Dabei ist mehr auf die Sache selbst zu sehen, als auf die gebrauchten Ausdrücke, zumal dem ALR. eine feste Terminologie häufig fehlt.

Man hat daher mit Unrecht bei dem § 843 auf den Ausdruck „sind für bezahlt und erlassen zu achten" so großes Gewicht gelegt und durch Parallelstellen darzuthun versucht, daß, wenn ein Gesetz anordne, daß Etwas für Dieses oder Jenes „gehalten", „erachtet" oder „angesehen" werden solle, es auch dafür gelte, d. h. so behandelt werde, als wenn es Dieses oder Jenes wirklich wäre. Abgesehen davon, daß die Ausschließung des Gegenbeweises keineswegs in allen angezogenen Fällen als richtig zugegeben werden kann, so ist doch auch ein erheblicher Unterschied vorhanden zwischen solchen Fällen, wo einer Sache, einer Handlung, eine gewisse rechtliche Eigenschaft beigelegt wird, mit der sie sich dann identifizirt, und mit dem hier vorliegenden Falle. Die Quittung über das Kapital kann nie für identifizirt erklärt werden mit der geschehenen Tilgung der Zinsen. Sie ist etwas Anderes, sie geht sogar von einer andern handelnden Person aus; sie erlaubt immer nur einen Schluß auf die erfolgte Tilgung. Das Wort „achten" hat also hier nicht den Sinn, die Identität auszudrücken. Das Gesetz sagt nicht, daß die Quittung über das Kapital an sich zugleich für die Quittung über die Zinsen zu achten sei, sondern indem es anordnet: „so sind die vorbedungenen Zinsen für bezahlt oder erlassen zu achten", — hat es sowohl nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, als nach der Sachlage nur ausgesprochen, „so ist dafür zu achten (anzunehmen), daß die vorbedungenen Zinsen bezahlt oder erlassen sind".

Daß das Gesetz eben nur eine Folgerung zieht, ist auch aus dem im folgenden § 844 stehenden Gegensatz herzuleiten, der dahin gefaßt ist, daß die Zahlung oder Erlassung nicht folge. Die Schlußfolge selbst hängt wohl offenbar mit der Vorschrift des § 153 I 16 zusammen, nach welcher eine geleistete Zahlung zuerst auf die verfallenen Zinsen zu rechnen ist. Rechnet der Empfänger sie nicht auf diese, sondern, wie die Quittung ohne Vorbehalt ergiebt, auf das Kapital, so läßt sich vermuthen, daß er wegen der Zinsen befriedigt sein muß, da er sonst von jener Befugniß Gebrauch gemacht haben würde. Entweder also müssen sie ihm gezahlt sein, oder er hat sie erlassen. Daß die Konkludenz dieser Schlußfolge an sich sehr stringent sei, läßt sich nicht behaupten; im hohen Grade aber befremden müßte es, hätte das Gesetz die präsumirte Bedeutung der Quittung auch da präzeptorisch machen wollen, wo es klar vorliegt, daß sie in dieser Intention gar nicht ausgestellt ist.

---

von Verzugszinsen zu fordern, StrA. 73 S. 22; Art. 289 HGB. Die Beschränkung des Verbots in § 821 bezieht sich, wie Erk. a. nachweist, nur auf vorbedungene Zinsen. In § 820 ist nach der ratio des Gesetzes, welches einen größeren Zinsrückstand dem Kapital ökonomisch gleichstellen will, der Betrag eines Zinsrückstands von 2 Jahren oder mehr zu verstehn. Aus der Unzulässigkeit der Zögerungszinsen von Zinsen folgt die Unzulässigkeit einer Konventionalstrafe für Verzug bei Zahlung von Zinsen, die nichts bedeutet als neuen Zins (Entschädigung für Benutzung oder Entbehrung) vom Zins. ObTr. 76, S. 99, wo Zinsen und Monatsprovision für ein Darlehn und Konventionalstrafe von 100 für Verzug bei Zahlung jeder Zinsrate und Monatsprovision ausbedungen war. Der § 1 des Ges. v. 14. Nov. 1867 bezieht sich nicht auf Vertragsstrafe von Zinsen. Vgl. OHG. 12 S. 88 unt. Nr. 106, Bd. 1 S. 481. Daß neben der Konventionalstrafe nicht noch Zögerungszinsen für denselben Verzug gefordert werden können, darüber vgl. unt. Nr. 105, Bd. 1 S. 472, 473. § 825 ist dagegen beseitigt, auch § 826, was ObTr. 76 S. 99 dahin gestellt sein läßt, insofern, als er den Betrag der Konventionalstrafe beschränkt, nicht insofern, als er Zögerungszinsen und Konventionalstrafe neben einander ausschließt.

Das würde auch dem allgemeinen Grundsatze widerstreiten, den I 4 § 64 dahin ausspricht, daß, wenn die Gesetze selbst bestimmt haben, was aus einer Handlung geschlossen werden soll, die Absicht des Handelnden nach dieser gesetzlichen Vermuthung nur so lange zu beurtheilen ist, bis eine andere Willensmeinung desselben klar ausgemittelt worden.

Dagegen muß allerdings nach der ganzen Fassung des § 843 zugegeben werden, daß der Eingangs berührte einfache Gegenbeweis der Negative dahin, daß keine Zahlung der Zinsen und kein Erlaß derselben außerhalb der Quittung stattgefunden, nicht genügt. Der § 843 ist in Ausdrücken abgefaßt, die eine Steigerung des im § 842 Gesagten andeuten, nicht blos eine Abwechselung in der Redeweise. Hätte ganz dasselbe in beiden §§ für die beiden Fälle vorgeschrieben werden sollen, so war es natürlicher, im § 843 zu erklären, daß die gleiche Präsumtion auch hier eintrete. Das ist nicht geschehen, und das Wegfallen der Zahlung entscheidet nicht, weil das Gesetz entweder diese oder einen Erlaß präsumirt. Und die Abwesenheit eines besondern, wohl gar in schriftlicher Form gegebenen Erlasses kann ebenfalls noch nicht hinreichen, weil ja eben das Ertheilen der Quittung als eine solche Manifestation erachtet werden kann, die in der Intention, entweder die geschehene Zahlung oder den Erlaß anzuerkennen, ergangen ist. Daher muß der Gegenbeweis gegen die Präsumtion des § 843 auch mit gegen diese vermuthete Qualifikation der ausgestellten Quittung gerichtet werden. Dies geschieht aber durch den Beweis der Thatsache, daß bei Ausstellung der Quittung die Zinsen vorbehalten worden: denn dann wird durch eine ausdrückliche Erklärung gerade das Gegentheil der stillschweigend als vorhanden angenommenen Intention, bei Ausstellung der Quittung, festgesetzt. Letztere dessenungeachtet als vorhanden anzunehmen, das wäre weder durch die Logik, noch durch das Recht gerechtfertigt.

Nur der unrichtige Gesichtspunkt, daß die Quittung oder der Erlaß der Zinsen als eine unbedingt verbindende Willenserklärung in der Kapitalsquittung selbst liege, hat zu der entgegengesetzten Auffassung führen können.

Ohne Grund beruft man sich noch für die andere Meinung auf § 108 Einl. weil vorbedungene Zinsen, auch nach den landrechtlichen Grundsätzen, auf einer besonderen Stipulation beruhen, I 11 §§ 730, 803, 827, und die Rückstände derselben völlig selbstständige Forderungen bilden, die cedirt werden können; Niemand wird behaupten mögen, daß auch solche cedirte Zinsenrückstände durch § 843 betroffen werden, und doch müßte dies geschehen, wenn die neuere Meinung richtig wäre. Aus jenem § 108 folgt nur, daß nach Tilgung der Kapitalsschuld nicht mehr fernere Zinsen gefordert werden dürfen. Die Vermuthung des § 843 hat eine große Analogie mit derjenigen, welche sowohl nach gem. R., als nach dem ALR. I 16 § 98 aus der vom Gläubiger geschehenen Rückgabe des Schuldinstruments für die Tilgung der Schuld entsteht, und die freilich materiell viel konkludenter ist, als die des § 843. Das gem. R., l. 2 D. 2, 14, sieht eine solche Rückgabe als die Manifestation eines stillschweigenden pacti an. Et ideo si de-

---

Die §§ 815—817, deren Verbot im Ges. v. 17. März 1881 ohne Ausnahme wiederholt, sind nicht aufgehoben, da sie aus der Natur des Darlehns abgeleitet werden können (es muß gegeben sein, um Rückforderung zu begründen), und jedenfalls durch § 1 des Ges. v. 14. Nov. 1867 nicht direkt berührt werden, ebensowenig wie eine Vorschrift, welche die postnumerando-Zahlung der Zinsen vorschriebe. Durch den Fortfall des erlaubten höchsten Zinssatzes in § 817 kommt die Sache allerdings dahin zu stehen, daß allgemein Vorabzug auf 1 Jahr zu gestatten.

Ueber Hemmung des Zinsenlaufes durch Konkurs (zu Gunsten der Masse, nicht des Gemeinschuldners, ObTr. 61 S. 446 (StrA. 73 S. 22) und Beschränkung des Zinsanspruchs in der Subh., vgl. § 12 Pr. KonkO.; §§ 55, 56 RKonkO.; §§ 35—37 SubhGes. v. 13. Juli 1883.

Die §§ 842 ff. über die Berichtigung der Zinsen, deren Einklagung und Verlust haben zu zahllosen Kontroversen Anlaß gegeben, mit denen sich die Erk. b., c., d. beschäftigen. Klar ist nur der § 842, in welchem es sich unbedenklich nur um eine widerlegbare Vermuthung

bitori meo reddo cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem. Niemand zweifelt aber daran, daß ein Gegenbeweis hiegegen zulässig ist, und der § 98 a. a. O. sagt auch ausdrücklich, daß die Tilgung vermuthet werde, so lange nicht eine andere Ursache der geschehenen Rückgabe ausgemittelt werden könne.

Daß nun aber der Vorbehalt der Zinsen schriftlich ausgesprochen werden müsse, das folgt weder aus den Worten des § 843, noch aus den allgemeinen Rechtsregeln. Es kommt nur auf die Widerlegung einer Vermuthung an, und es ist dafür keine bestimmte Form vorgeschrieben. Auf § 133 I 5 ALR. darf man sich nicht berufen, da hier von keiner einseitigen Willenserklärung, deren Folgen sich in die Zukunft hinerstrecken sollen, die Rede ist, sondern von einer solchen, wodurch dem Verluste schon erworbener Rechte vorgebeugt wird. Ebensowenig ist ein Vertrag hier vorhanden, und der mündliche Vorbehalt kann daher nicht als eine, wegen Mangels der Schriftlichkeit ungültige Nebenabrede, betrachtet werden, was er auch seinem Inhalte nach, der sich auf den Hauptgegenstand der Zahlung oder des Erlasses bezieht, nicht sein würde. Die Vorschrift § 843 bildet eine Ausnahme von der Regel, daß Erlaß oder Verzichtleistung allemal eine ausdrückliche, und bei Gegenständen über 50 Thlr. eine schriftliche Erklärung fordern, I 16 §§ 381, 388, um so weniger darf man also diese Ausnahme noch einer ausdehnenden Interpretation unterwerfen.

Ohne Grund wird endlich von den Gegnern die Vorschrift § 160 I 16 ALR. für die Nothwendigkeit eines schriftlichen Vorbehaltes in Anspruch genommen, da dort der Fall behandelt ist, wo der Schuldner, der eine Schuld bezahlt, gleichwohl behauptet, daß er dazu nicht verpflichtet sei, und ein solcher Widerspruch gegen seine eigene Handlung allerdings einer schriftlichen Beurkundung bedürftig erscheinen mochte. Damit hat der hier streitige Fall gar keine Aehnlichkeit, vielmehr entspricht dem letzteren weit eher die Vorschrift §§ 105 ff. I 16, die dem Gläubiger sogar gegen den Inhalt seiner eigenen Quittung den Gegenbeweis, daß er keine Zahlung erhalten habe, gestattet, selbst ohne ihm einen Vorbehalt bei der Quittungsleistung zur Pflicht zu machen.

Eine nähere Bezeichnung des hiernach zulässigen mündlichen Vorbehaltes ist übrigens nicht erforderlich, es genügt jede deutliche Willenserklärung, und diese kann selbst vom Schuldner ausgehen, der beim Empfange der Quittung über das Kapital die davon rückständigen Zinsen dem Gläubiger vorbehält.

Gründe: c. Aus den Worten des ALR. läßt es sich zwar nicht deutlich entnehmen: ob Verzugszinsen auch abgesondert vom Kapital, so lange über solches nicht ohne Vorbehalt quittirt worden, gefordert und eingeklagt werden können? Der Grundsatz: cessante causa cessat accessorium leidet nach Preuß. Gesetzen keine allgemeine Anwendung; schon § 847 I 11 macht davon eine Ausnahme, indem nach demselben vorbedungene Zinsen allein eingeklagt werden dürfen, nachdem schon eine Kapitalsklage voraufgegangen ist, und es kann die Regel nicht unberücksichtigt bleiben, daß jeder rechtlich zu begründende An-

---

handelt und der Vorbehalt ebenso wie in § 843, Erk. b., in mündlicher Form genügt, StrA. 91 S. 237 und, wie in dem wichtigen Schlußsatz das Erk. c. betont, ebenso in einer Erklärung des Gläubigers wie des Schuldners konkret gefunden werden kann, z. B. in der bei der Quittirung vom Schuldner abgegebenen Erklärung, daß er die außerdem noch rückständigen Zinsen nachzahlen werde. So lag der Fall ObTr. 4 S. 336, wo es sich übrigens um § 843 handelte, ebenso ObTr. 54 S. 107, wo in den Berufen des Schuldners auf die Quittung, obwohl er Zahlung der Zinsen versprochen, dolus gefunden worden ist.

Zu § 843 ist die Praxis darin fest, daß ein mündl. Vorbehalt im vorstehenden Sinne genügt, daß die Vermuthung nur durch den Beweis des Vorbehalts zu beseitigen ist, was die Vermuthung auch im Sinne des Erk. c., welches sie als einfache praes. juris auffaßt, einer Fiktion so gut wie gleichstellt, als welche sie bezeichnet wird in OHG. 20 S. 69, 71; 25 S. 257, 258 (deshalb keine Verpflichtung zur Annahme des Kapitals ohne Zinsen), in StrA. 69 S. 29; 73 S. 22; ObTr. 59 S. 463, 467 (StrA. 69 S. 202), — daß Quittung, d. h. schriftliche Erklärung über Empfang des ganzen Kapitals vorausgesetzt ist, Quittung

spruch auch durch Klage zu verfolgen sein muß, so lange kein Rechtsgrund vorwaltet, welcher die Rechtsverfolgung aufhebt. Es ergeben indeß die §§ 843 ff., daß der Gesetzgeber die Natur der vorbedungenen und der Verzugszinsen als eine in sich verschiedene anerkannt und insbesondere wesentliche Erfolge davon abhängig gemacht hat, ob beim Kapital ohne Vorbehalt quittirt, und ob über die Zinsen erkannt worden; und um die §§ 843 ff. richtig zu verstehen, muß man daher auf die vorlandrechtlichen Gesetze zurückgehen.

Vorweg ist hierbei zu bemerken, daß die Materialien zur Redaktion des ALR. über die Motive der oben extrahirten gesetzlichen Bestimmungen gar keinen Aufschluß geben, namentlich aber sind die §§ 845—847 (wie die Gesetzrevisoren Pens. XV S. 156 anführen) am Rande der Kanzleiabschrift des umgearbeiteten Entwurfs, wonach der Druck erfolgte, und in welchem sich der jetzige § 848 unmittelbar dem § 844 anschloß, ohne weitere Bemerkung beigefügt. Kann daher gleich die Streitfrage aus den Materialien nicht entschieden werden, so ist doch der von den Revisoren angeführte Umstand insofern nicht ohne Bedeutung, als er mit Zuversicht schließen läßt, daß es gewiß nicht in der Absicht der Redaktoren lag, das damals anerkannt bestehende Recht abzuändern, vielmehr die getroffenen Bestimmungen nur den Zweck haben sollten, solche Modifikationen festzusetzen, die sich aus dem Inhalte des Gesetzes von selbst rechtfertigen und etwaige in der Praxis entstandene Zweifel beseitigen.

Demgemäß erscheint es aber für die Auslegung jener Gesetze von Wichtigkeit, einen Blick auf die Lage zu werfen, in welcher sich in Beziehung auf die hier fraglichen Materien Gesetzgebung, Theorie und Praxis zur Zeit der Redaktion des ALR. befanden.

Das ältere röm. R. kannte nur eine Art der Zinsen, nämlich solche, die auf der Verabredung beruhten. Die Verpflichtung zur Zinszahlung ward aber so wenig als eine aus der Natur des Geschäfts hervorgehende angesehen, daß vielmehr eine solche Verpflichtung, namentlich bei dem wichtigsten hier einschlagenden Rechtsgeschäfte, dem Darlehnsvertrage, nur durch die Förmlichkeit der Stipulation, bei sonstigen bonae fidei Geschäften aber durch ein pactum adjectum rechtlich wirksam begründet werden konnte, demgemäß auch als eine für sich bestehende, eine selbstständige Klage begründende obligatio angesehen ward, die selbst nach Tilgung der Hauptschuld noch verfolgt werden konnte, l. 75 § 9 D. 45, 1. Verzugszinsen, usurae morae, waren dagegen dem alten röm. R. ganz unbekannt. Erst späterhin berechtigten die Gesetze den Richter, aus gewissen rechtlichen Gründen bei bonae fidei negotiis, neben der Verurtheilung des Verklagten zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, auch auf Zinsen zu erkennen, namentlich wegen Verzuges; und zu den Zeiten der Kaiser war dies schon allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz geworden, der sich in l. 32 § 2 D. 22, 1 dahin ausgesprochen findet: in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. Allein das Zuerkennen solcher Zinsen blieb dem richterlichen Ermessen überlassen, und außerdem unterschieden sich die usurae morae von den Zinsen ex stipulatione insofern, als die Berechtigung, sie zu fordern, als ein annexum der Hauptklage betrachtet wurde, von welcher sie nicht getrennt werden konnte; dergestalt, daß wenn auf solche aus dem Gesetze entsprechende Zinsen vom Richter nicht erkannt worden

---

über Theilzahlung nicht genügt, StrA. 69 S. 29. Auch darüber besteht kaum noch Streit, daß § 843 sich gleichmäßig auf vorbedungene und Verzugszinsen bezieht, mit Ausnahme nach § 844 derjenigen Verzugszinsen, auf welche der Richter erkannt hat, für welche das Judikat als ein neuer Titel angesehn wird. Aus § 845, nach welchem nicht zuerkannte Verzugszinsen auch vom Tage des Urtheils ab durch vorbehaltlose Quittung verloren gehen, folgt dies unzweideutig, ObTr. 9 S. 225; Präj. 1336 (cfr. Erk. d.); 47 S. 103 (StrA. 45 S. 131); 59 S. 463, 467 (StrA. 69 S. 202). Vgl. OHG. 6 S. 145, 150, wo auch für Pr. R. die selbstständige Verfolgbarkeit selbst nach bloßer Annahme der Hauptschuld supponirt wird. In Bezug auf vorbedungene Zinsen macht § 843 keinen Unterschied, ob sie zuerkannt oder nicht, Erk. c., aber es wird jetzt, wenn die Zahlung in der Zwangsvollstreckung erfolgt, stets sorgsam zu beachten sein, daß in der Quittung des Gerichtsvollziehers keine Quittung des Gläubigers enthalten, und ob nicht bei Quittung durch den Gläubiger in dem Zurückbehalten der vollstreckbaren Ausf. ohne Weiteres der Vorbehalt zu finden. Denn darüber besteht kein Zweifel, daß die Quittung, welche § 843 voraussetzt, vom Gläubiger

war, eine besondere Klage wegen jener Zinsen niemals stattfand. Dies ist namentlich ausgesprochen in constit. 4 C. 4, 34.

Aus diesem genauen Zusammenhange der Hauptklage mit denjenigen Zinsen, die nur officio judicis zuerkannt werden konnten, folgte denn auch, daß, wenn die Hauptforderung bezahlt worden war, folglich eine Klage deshalb nicht mehr angestellt werden konnte, auch Verzugszinsen nicht weiter gefordert werden durften. Namentlich aber bestimmt l. 49 § 1 D. 19, 1: pretii sorte, licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur. Da jedoch nach röm. R. die rechtskräftige richterliche Entscheidung eine Novation begründete, so daß bei stipulirten Zinsen diese mit dem Judikate ihre Endschaft erreichten, dagegen, wenn der Schuldner nach Ablauf der gesetzlichen viermonatlichen Frist zur Gegnügung des Judikats sich säumig finden ließ, zwölf Prozent usurae rei judicatae nunmehr eintraten, const. 3 C. 7, 54, so entstand die Frage, ob in Fällen, wo Verzugszinsen rechtlich hätten eintreten können, aber nicht zuerkannt worden waren, und folglich nicht nachgefordert werden konnten, der Gläubiger doch nicht wenigstens von dem ihm zugesprochenen Kapital die usurae rei judicatae zu fordern berechtigt sei? Auch hierüber entschied Justinian in der const. 13 C. 4, 32. Die Auslegung dieses Gesetzes erregte jedoch Streit unter den Lehrern des gem. R. Nachdem nämlich das röm. R. in Deutschland Eingang gefunden hatte, waren zwar auch hier die eben entwickelten Grundsätze hinsichtlich der Zinsen mit der alleinigen Modifikation zur Geltung gekommen, daß bei den vorbedungenen Zinsen allgemein ohne Stipulation, durch einfache Verabredung, die Verbindlichkeit, zur Zinszahlung begründet werden konnte, und daß hinsichtlich der Verzugszinsen, da jetzt der Unterschied zwischen judiciis bonae fidei und stricti juris fortfiel, auch bei allen Rechtsgeschäften, wo sich ein gesetzlicher Grund dazu ergab, auf solche Zinsen erkannt werden konnte. Dagegen erhoben sich in Beziehung auf die Vorschriften über die Verzugszinsen verschiedene Streitigkeiten darüber: 1. in wiefern nicht zuerkannte Verzugszinsen doch vom Tage des Judikats gefordert werden könnten; und 2. welche Wirkung eine unter Vorbehalt der Verzugszinsen ausgestellte Quittung über das Kapital hervorbringe. In Beziehung auf die erstere Frage hatte nämlich Justinian in der oben gedachten const. 13 C. 4, 32 festgesetzt: In bonae fidei judiciis usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est judicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt; nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit, usurae ullo jure postulantur, nisi ex causis judicati. Hiernach war nun zwar kein Streit darüber, daß Verzugszinsen nur mit der Hauptforderung zugleich geltend gemacht werden, und nicht-zuerkannte Verzugszinsen, wenn der Gläubiger sich bei dem Erkenntnisse beruhigt hatte, niemals nachgefordert werden konnten; dagegen verstanden, was die Zinsen vom Tage des Judikats anbetraf, viele Rechtslehrer die Worte: nisi ex causis judicati, dahin, daß auch die usurae rei judicatae in solchem Falle nicht anders gefordert werden könnten, als wenn das Erkenntniß die Verpflichtung zu einer solchen Zinszahlung festgesetzt habe; wogegen andere Rechtslehrer die Vorschrift in Verbindung mit der allgemeinen

---

dem Schuldner freiwillig gegeben sein muß, um den Schluß auf Zahlung oder Erlaß der Zinsen zu rechtfertigen. Deshalb ist Verlust der Zinsen z. B. nicht angenommen in ObTr. 58 S. 59, wo der Gläubiger bei der Kaufgelderbelegung das Kapital und einen Theil der Zinsen liquidirt, darüber quittirt und bei der späteren Subh. einer mitverhafteten Parzelle den Rest der Zinsen nachliquidirt hatte. Auf den Einspruch nachstehender Gläubiger wurde das Liquidat in 2. Instanz abgewiesen, vom ObTr. aber vernichtet, weil nicht dem Schuldner quittirt, wo im gerichtl. Verfahren liquidirt und quittirt, nichts weiter anzunehmen, als daß aus dieser Masse nicht mehr habe liquidirt werden sollen, die Vermuthung des § 843 nicht zutreffe. Dasselbe gilt noch mehr, wenn das Kapital ohne die seit Eröffnung des Konkurses laufenden Zinsen angenommen werden muß; hier steht die Quittung der Nachforderung der Zinsen vom früheren Gemeinschuldner nicht entgegen, StrA. 73 S. 22; OHG. 20 S. 69; die Vermuthung des § 843 fällt von selbst fort. Dies gilt für vorbedungene und Verzugszinsen.

Eine andere Frage ist die der selbstständigen Klagbarkeit der Zinsen getrennt vom Haupt=

gesetzlichen Bestimmung, daß wenn die Frist zur Genügung des Judikats fruchtlos verstrichen, der Schuldner die usuras rei judicatae zu entrichten verpflichtet sei, dahin auslegten, daß auch in Fällen, wo nur Verzugszinsen einträten, aber nicht zuerkannt worden waren, dennoch aus dem neuen Grunde der rechtskräftigen Zuerkennung des Kapitals von diesem jederzeit Verzugszinsen vom Tage des Judikats ab gefordert werden dürften. Hinsichtlich der Wirkung einer mit Vorbehalt ausgestellten Quittung waren verschiedene Rechtslehrer, Stryk usus mod. Pand. P. 1 § 6, Lauterbach Collegium pract. XXXI. der Meinung, daß durch einen solchen Vorbehalt die Sache in einen Vertrag übergehe, und demgemäß das vorbehaltene Recht demnächst auch noch geltend gemacht werden könne, wogegen andere (Huber praelect. h. t. § 25) dies aus dem Grunde für augenscheinlich unrichtig erklärten, weil eine Reservation nur ein bestehendes Recht erhalten, nicht aber ein Recht, das vorher nicht bestanden, verleihen könne, das Recht aber, dergleichen Zinsen jure separatae actionis einzuklagen, dem Berechtigten vom Gesetze nicht eingeräumt sei.

So fanden die Redaktoren des ALR. den Stand der Gesetzgebung und Praxis vor, und eine Vergleichung der hinsichtlich der Zinsen im ALR. sich findenden Vorschriften mit denen des röm. R., wie sie sich in Deutschland gestaltet hatten, bestätigt die oben angeregte Voraussetzung, daß bei der Redaktion des ALR. im Wesentlichen ganz die Grundsätze des gem. R. in dieser Materie festgehalten, und nur einige Modifikationen (z. B. daß durch eine ohne Vorbehalt ausgestellte Quittung auch die Nachforderung vorbedungener Zinsen ausgeschlossen wird,) getroffen sind. Namentlich stimmen aber auch darüber: welchen Einfluß ein über die Hauptforderung angestellter Prozeß, und ein der Zinsen nicht erwähnendes Erkenntniß auf die Zinsforderung äußert, die vorhandenen Bestimmungen mit den oben gedachten des röm. R. im Wesentlichen ganz überein und es bieten sich nirgends Gründe dar, die annehmen lassen könnten, daß man von den damals anerkannten Grundsätzen abzuweichen beabsichtigt habe.

Prüft man aber nach dieser Voraussetzung den Sinn des § 845 I 11, erwägt man, wie nach Obigem zur Zeit der Redaktion als ein unstreitiger und zweifelloser Rechtssatz angesehen wurde, daß Verzugszinsen durch eine selbstständige Klage nachträglich nicht geltend gemacht werden könnten, dagegen zweifelhaft und streitig war, ob ein Gläubiger, wenn gleich ein gegen den Schuldner erstrittenes Erkenntniß eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nicht ausgesprochen hatte, nicht auch die gesetzlichen Verzugszinsen vom Tage des Judikats ab fordern dürfe, desgleichen, welche Wirkung eine mit Vorbehalt ausgestellte Quittung auf die Forderung der Verzugszinsen äußere, so drängt sich von vorn herein die Vermuthung auf, daß die Hauptbestimmung des § 845 habe sein sollen, die Streitfrage zu entscheiden; ob und in wiefern usurae rei judicatae gefordert werden konnten; und dabei der Grundsatz, daß Verzugszinsen mit der Hauptklage zusammen geltend gemacht werden müßten, als sich von selbst verstehend vorausgesetzt und nur angedeutet worden sei. Dies bestätigt sich aber auch bei näherer Prüfung vollkommen.

In Beziehung auf die streitige Frage wird festgesetzt, daß, wenn über das

---

stuhl. In Bezug auf vorbedungene Zinsen herrscht in dieser Beziehung, da sie, sobald sie erwachsen, wie getrennte Früchte, selbstständiges Vermögensobjekt, kein Zweifel, daß sie ohne, vor und nach Einklagung des Kapitals selbstständig klagbar, bis sie durch vorbehaltlose Quittung verloren gegangen, Erk. c. Der § 846 hat gegenüber dem § 14 Nr. 5 des EGes. z. CPO. durch den auch § 848 fortgefallen, keine Bedeutung mehr; die Zinsen können jetzt nachgefordert werden, wenn nicht inzwischen vorbehaltslos quittirt; Quittung nach Einklagung hat natürlich keine Bedeutung.

Streit herrscht dagegen bezüglich der selbstständigen Klagbarkeit der Verzugszinsen. Die Praxis ist aus den Erk. c. u. d. ersichtlich. Darüber herrscht jetzt anscheinend Uebereinstimmung, daß Verzugszinsen selbstständig klagbar, wenn sie vor Einklagung oder Berichtigung des Kapitals gefordert werden oder bei Zahlung des Kapitals ohne Klage vorbehalten sind, Erk. d.; ObTr. 47 S. 103 (StrA. 45 S. 131); ObTr. 54 S. 107 im Erk. d. Auch StrA. 92 S. 121 nimmt an, daß der Klage nichts entgegensteht, wo das Kapital weder eingeklagt, noch bezahlt. Ebenso StrA. 99 S. 314 in den Gründen u. StrA. 69 S. 29. Dagegen soll

Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, eine Nachforderung der Judikatszinsen auch nicht stattfinde, wobei in dem Wörtchen „auch" wahrscheinlich eine hinlänglich deutliche Bestätigung des für ganz bekannt angenommenen Satzes, daß nicht-zuerkannte Verzugszinsen niemals nachgefordert werden könnten, gefunden sein mochte. Das Wort auch bedeutet daher hier nicht soviel als „selbst", sondern steht vielmehr für „ebenfalls", und bezieht sich auf das Vorhergehende. Der Gesetzgeber will sagen: Verzugszinsen, auf welche der Richter nicht erkannt hat, können nicht nachgefordert werden. Auch die vom Tage des ergangenen Urtels an laufenden Verzugszinsen können es nicht, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden. Er hat aber nur für nöthig gehalten, diese letztere Festsetzung ausdrücklich im Gesetze auszusprechen, theils weil der andere Satz daraus von selbst folgte, theils als bekannt vorausgesetzt wurde.

Für diese Absicht des Gesetzgebers sprechen selbst mehrere andere Stellen im ALR. Zunächst nämlich finden sich im ALR., insbesondere im § 307, 310 I 5 ähnliche Grundsätze, wie diejenigen, welche das röm. R. über die Erlöschung der Klage auf Zögerungszinsen aufgestellt hatte, hinsichtlich der Konventionalstrafe (die im § 834 I 11 den Zögerungszinsen gleichgesetzt wird) ausgesprochen, indem nach § 307 l. c. ein Kontrahent, welcher die anfänglich seitens des Anderen verzögerte Erfüllung nachher ohne Vorbehalt angenommen hat, auf die Konventionalstrafe nicht ferner antragen kann, und nach § 310 in allen Fällen, wo die Klage auf Erfüllung des Vertrages nicht stattfindet, auch die Forderung einer Konventionalstrafe nicht geltend gemacht werden kann. Außerdem erscheint auch die Absicht des Gesetzgebers, daß nicht zuerkannte Verzugszinsen nicht nachgefordert werden sollen, darum um so wahrscheinlicher, weil nach § 58 I 23 AGO. dem Richter ausdrücklich die Pflicht auferlegt ist, da, wo nach den Gesetzen ein Grund zur Zinsenforderung obwaltet, von Amtswegen darauf zu erkennen. Denn danach wird die Forderung von Verzugszinsen, selbst in Ermangelung eines ausdrücklichen Antrages des Klägers, als Mitgegenstand des Prozesses angesehen werden müssen, und wenn dessenungeachtet der Richter nicht auf Zinsen erkennt, läßt sich auch nur voraussetzen, daß der Vorwurf eines widerrechtlichen Verzuges aus den Akten für den Kläger nicht begründet befunden worden sei, so daß die Sache ebenso zu stehen kommt, als wenn eine wirklich angebrachte Forderung aberkannt worden wäre. Es ließe sich zwar noch entgegnen, daß § 848 I 11 nur den Fall vor Augen habe, wenn Verzugszinsen ausdrücklich gefordert worden, und daß nur, wenn dergleichen Verzugszinsen im Urtheil übergangen worden, dieses eben die Wirkung habe, als wenn er sie aberkannt hätte. Allein aus dieser Vorschrift kann nicht gefolgert werden, daß nicht-geforderte Verzugszinsen noch nachgefordert werden könnten. Denn wie oben gezeigt, lag der Grund, weshalb nicht-geforderte Verzugszinsen nicht nachgefordert werden dürfen, darin: weil die Gesetze die Geltendmachung der Verzugszinsen überhaupt nur mit der Hauptklage zugleich gestatten, und eben deshalb erklärt sich auch, weshalb im § 848 noch ausdrückliche besondere Bestimmung für den Fall erlassen worden, wo mit der Hauptklage Verzugszinsen wirklich gefordert waren, dennoch aber im Erkenntnisse darüber nichts festgesetzt ist. Hier konnte, der allgemeinen Bestimmung des § 845 unge-

---

in ObTr. 59 S. 463 (StrA. 69 S. 202) in den Gründen offenbar der weitergehende Satz ausgesprochen werden, daß Verzugszinsen ohne das Kapital überhaupt selbstständig nicht klagbar, also namentlich nicht bei Annahme des Kapitals. Angewendet ist der Satz nicht. In dem Falle hatten A. u. B. Jahre lang in Geschäftsverbindung gestanden, A. dem B. Waare geliefert, B. Zahlungen darauf geleistet. Durch dieselben war die Waarenschuld bis auf einen geringen Betrag getilgt, der, nebst den Verzugszinsen von den einzelnen Rechnungsposten, eingeklagt wurde. Der 1. Richter nahm an, daß die Zinsforderung überhaupt unzulässig, was das ObTr., weil ein Kapitalrest mit eingeklagt, verwarf. Der 2. Richter verurtheilte ohne Weiteres, weil das Kapital vorher nicht eingeklagt, woneben es auf die Quittungen über die einzelnen Fakturabeträge nicht ankommen sollte. Quittung wollte der Bekl. in den regelmäßig zugestellten Kontokurrenten, in denen Zinsen nicht notirt, die Zahlungen gut geschrieben finden. Beides ist vom ObTr. verworfen, Letzteres mit StrA. 36 S. 298. Für erheblich sind nur die Quittungen auf den einzelnen Fakturen erachtet.

Das OHG. 9 S. 230 nimmt für gem. R. die selbstständige Klagbarkeit der Verzugs-

achtet, der Zweifel entstehen: ob nicht solche Verzugszinsen doch noch nachgefordert, oder vielmehr ein nachträgliches Erkenntniß über die angebrachte Forderung verlangt werden könnte; da hier der Grund, aus welchem gar nicht geforderte Verzugszinsen nicht nachgefordert werden sollen, nicht Platz zu greifen schien. Um diesen Zweifel zu lösen, ist dann bestimmt, daß die übergangenen Zinsen für aberkannt angesehen werden sollen.

Ganz besonders aber unterstützt auch noch die hier vertheidigte Auslegung des § 845 die Erwägung, daß wenn nicht=zuerkannte, nicht=geforderte Verzugszinsen noch immer, so lange nicht ohne Vorbehalt über das Kapital quittirt worden, nachgefordert werden könnten, gar nicht abzusehen wäre, wie der Gesetzgeber dazu gekommen sein sollte, die §§ 845—848 so, wie geschehen, zu trennen; denn dann würden in dieser Beziehung vorbedungene und Verzugszinsen völlig gleichstehen, da nach § 846 geforderte und übergangene vorbedungene Zinsen für aberkannt zu achten sind, und nach § 847 nicht=geforderte vorbedungene Zinsen immer noch nachgefordert werden können, so lange keine Quittung ohne Vorbehalt über das Kapital ausgestellt ist.

Augenscheinlich hätte sich dann in einem, höchstens zwei §§ das sagen lassen, was jene vier enthalten, die offenbar als Gegensatz einander gegenüber stehen sollen. Da nun außerdem der § 847, ausdrücklich nur für vorbedungene, nicht eingeklagte Zinsen das Recht der Nachforderung einräumt, so folgt auch schon daraus, daß der Gesetzgeber bei Verzugszinsen eine gleiche Bestimmung nicht habe wollen eintreten lassen, und dies führt dann wiederum darauf hin, daß der § 845 so verstanden werden müsse, wie oben entwickelt worden. Es ließe sich ferner noch entgegnen, daß die Nachforderung nicht=eingeklagter und vom Richter nicht zuerkannter Verzugszinsen auch aus dem Grunde gerechtfertigt erscheine, weil, wie aus § 844 folge, das Gesetz die Verzugszinsen als eine für sich bestehende, auf anderem Fundamente beruhende Forderung betrachte. Denn obwohl nach § 843 bei einer ohne Vorbehalt über das Kapital ausgestellten Quittung sogar die vorbedungenen Zinsen ohne alle Einschränkung, folglich auch wenn sie schon zuerkannt worden, für bezahlt oder erloschen geachtet werden sollten, bestimme der § 844 dagegen, daß aus einer solchen Quittung keinesweges die Zahlung oder Erlassung der vom Richter zuerkannten Verzugszinsen folge, welche Bestimmung sich nur dadurch erklären lasse, daß der Gesetzgeber die Verzugszinsen als eine von der Hauptforderung unabhängige Forderung betrachtet. Sei aber dies der Fall, so folge aus den Vorschriften der AGO. und den im ALR. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen, daß eine Forderung, über welche noch nicht zum Nachtheile des Berechtigten erkannt worden, noch jeder Zeit vor dem Richter geltend gemacht werden könne.

Nun kann man allerdings zugeben, daß die Vorschrift des § 844 ihren Grund darin haben möge, daß die dort erwähnten Verzugszinsen als eine selbstständige, von der Hauptforderung unabhängige Forderung betrachtet worden sind. Daraus folgt aber gar nicht das, was daraus hergeleitet wird. Der § 844 spricht ausdrücklich nur von zuerkannten Verzugszinsen. Stand aber die Berechtigung zu solchen einmal rechtskräftig fest, so bildet sie als Entschädigungsforderung für die widerrechtliche Vorenthaltung des Kapitals nunmehr einen selbstständigen Anspruch,

---

zinsen mit der Maßgabe an, daß konkret zu prüfen, ob sie erlassen oder aberkannt, wenn sie in früherer Klage nicht gefordert. Nach OHG. 21 S. 320 soll dasselbe für preuß. R. gelten, in der Zahlung oder Annahme des Kapitals nicht nothwendig Verzicht auf die Zinsen zu finden, Vorbehalt (wenn nicht quittirt) deshalb nur erforderlich sein, wenn die Annahme der Zahlung als Verzicht aufzufassen. Auch in RG. 1 S. 349 ist für gem. R. die Nachforderung von Verzugszinsen auch nach Einklagung des Hauptstuhls zugelassen, wenn nicht Verzicht anzunehmen oder Aberkennen, was stillschweigend jetzt nicht mehr möglich. In dem Falle handelte es sich um Nachforderung der gesetzlichen Zinsen von der Entschädigungssumme in einer Enteignung, nachdem die Entschädigung selbst zugesprochen, die Enteignung aber vor der Entscheidung gegen Hinterlegung der im Administrativverfahren zugesprochenen niedrigeren Summe vollzogen war. Hier war, worauf oben hingewiesen, die Vollziehung der Enteignung die selbstständige Thatsache, aus der der Zinsanspruch entstand.

Den Satz des Erk. c., daß nach Einklagung ohne Zinsen die Zinsen nicht nachzufordern, wenn sie nicht erst nach dem Urtheil entstanden, hat die preuß. Praxis festgehalten. Vgl. Erk. d.

der durch eine blos auf das Kapital gerichtete Quittung nicht erledigt wurde. Dies schließt aber den Grundsatz nicht aus, daß diese Entschädigungsforderung, da sie aus dem Kontraktsverhältnisse hervorgegangen war, nur insofern und so lange zur richterlichen Feststellung gebracht werden konnte, als auch die Klage auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit stattfand und nur mit dieser zugleich eingeklagt werden konnte. Aus allem diesem geht hervor, daß Verzugszinsen, wenn sie nicht mit dem Kapital eingeklagt, oder von Amtswegen darauf erkannt worden, nicht nachträglich gefordert werden können, mit Ausschluß der vom Tage des Urtels ab aufgelaufenen, für welche ein neuer Verzug, mithin auch ein neuer Rechtsgrund eintritt, welcher aber nach § 847 ebenfalls wieder verloren geht, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt Quittung ertheilt worden ist.

Gründe: d. Der Hauptangriff ist gegen die Bejahung der Frage gerichtet: ob Verzugszinsen, ohne daß das fällige Kapital eingeklagt, oder wenn dasselbe ohne Klage bezahlt worden, und also selbstständig und ganz unabhängig von der Hauptforderung eingeklagt werden können. Die diesseitigen Entscheidungen, welche sich speziell über die Klagbarkeit der Verzugszinsen und die Interpretation der §§ 843—848 I 11 ALR. verbreiten, lassen hierüber nur Folgendes vernehmen:

1, die Entsch. v. 9. Sept. 1843 ObTr. 9 S. 225, daß Verzugszinsen, welche nicht auf einem Urtel beruhen, nach geschehener vorbehaltloser Quittirung über das Kapital nicht nachgefordert werden können, mag über Bezahlung des Kapitals ein Erkenntniß ergangen sein, oder nicht;

2, der PlBeschl. v. 12. Sept. 1845 ObTr. 11 S. 3, daß Verzugszinsen, welche bei Einklagung der Hauptforderung nicht mit eingeklagt worden, und auf welche auch der Richter nach § 58 Tit. 23 Thl. I AGO. nicht von Amtswegen erkannt hat, in einem späteren Prozesse nicht mehr nachgefordert werden können, daß dagegen die vom Tage des ergangenen Urtels an laufenden Verzugszinsen so lange nachgefordert und eingeklagt werden können, als noch nicht über das Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist;

3, die Entsch. v. 11. Okt. 1853 ObTr. 26 S. 270 Präj. 2474, daß Verzugszinsen, welche bei Einklagung der Hauptforderung nicht mit eingeklagt sind, auch dann nicht nachgefordert werden können, wenn sie in der Klage vorbehalten sind, wenn gleich der erkennende Richter ausgesprochen, daß es bei diesem Vorbehalte zu belassen;

4, eine Entsch. v. 17. Okt. 1854 dahin lautend, daß die Einklagung der vom Tage des rechtskräftig ergangenen definitiven Erkenntnisses an laufenden Verzugszinsen so lange gestattet ist, als noch nicht über das erstrittene Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist;

5, eine Entsch. v. 18. April 1856, StrA. 21 S. 95, welche ausgesprochen hat, daß Verzugszinsen, welche nach der Einklagung des Hauptstuhls der Forderung im Vorprozesse entstanden und daher nicht mit eingeklagt sind, zu deren Zahlung sich aber der Schuldner besonders verpflichtet hat, auch nach Cession des Hauptstuhls an einen Dritten, gleich vorbedungenen Zinsen, so lange eingeklagt werden können, als nicht über das Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist;

Daß auch Vorbehalt in der Klage nicht genügt, nimmt sowohl StrA. 15 S. 119 wie StrA. 99 S. 314 an, wo ebenfalls Kapital und Verzugszinsen seit bestimmtem Tage eingeklagt und zugesprochen und demnächst noch die Zinsen vom Verzuge bis zu dem in der früheren Klage bezeichneten Tage gefordert waren.

Der Einfluß des Umstandes, daß der Richter jetzt prozessualisch gehindert, auf nicht verlangte Zinsen zu erkennen (früher § 58 I 23 AGO. anders) und daß § 848 aufgehoben, ist bisher nicht erörtert. Selbstverständlich ist aber, daß Zinsen, die zur Zeit der früheren Klage noch nicht gefordert werden konnten, weil sie noch nicht entstanden, selbstständig nachgefordert werden können, StrA. 83 S. 1 (Klage auf rückständige und laufende Monatsraten; spätere Forderung der Verzugszinsen von den nach dem Urtheil fallenden Raten). In StrA. 85 S. 29 hatte A. bei Verpachtung seiner Mühle an B. sich verpflichtet, dem B., falls die Mühle abbrenne, die Verbesserungen aus den Feuerversicherungsgeldern zu zahlen. Die Mühle brannte ab, A. erhielt die Versicherungsgelder und B. klagte gegen ihn auf Zahlung einer Summe für

6, die Entsch. v. 14 März 1862 ObTr. Bd. 47 S. 103, StrA. Bd. 45 S. 131, daß, wenn ohne voraufgegangene Klage ein Kapital bezahlt und darüber unter Vorbehalt quittirt ist, Verzugszinsen besonders eingeklagt werden können;

7, endlich die Entsch. v. 17. Febr. 1865 ObTr. Bd. 54 S. 107, daß in einem Falle der zu 6 gedachten Art die Nachforderung von Verzugszinsen auch dann stattfindet, wenn der Vorbehalt nur mündlich ausgesprochen ist, oder der Gläubiger zur Ausstellung einer vorbehaltlosen Quittung über das Kapital durch den Schuldner dolose verleitet worden ist.

Alle diese Entscheidungen sprechen hiernach überall nur von dem Recht der Nachforderung von Verzugszinsen nach bereits erfolgter Einklagung der Hauptforderung oder nach erfolgter Bezahlung derselben ohne vorgängige Klage, wie denn auch die §§ 843—848 I 11 ALR. ebenfalls nur von dergleichen Nachforderung, oder von der gleichzeitigen Einforderung des Kapitals nebst den Verzugszinsen reden, und es könnte also hiernach den Anschein gewinnen, als hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Einklagung von Verzugszinsen vor Einklagung der fälligen Hauptforderung gar nicht vor Augen gehabt, gar nicht vorausgesetzt. Ja es ist, in scheinbarer Uebereinstimmung hiermit, in den Gründen des unter Nr. 2 erwähnten Pl. Beschl. überzeugend dargethan, daß es in keiner Weise in der Absicht der Redaktoren des ALR. gelegen, das damals anerkannt bestehende gem. R. abzuändern, daß die Bestimmungen der §§ 843 ff. vielmehr nur den Zweck haben sollten, solche Modifikationen festzusetzen, die sich aus dem Inhalte des Gesetzes von selbst rechtfertigen und etwaige in der Praxis entstandene Zweifel beseitigen. Demgemäß wird denn dort der Stand der Gesetzgebung und Praxis jener Zeit dahin dargelegt: daß Verzugszinsen überhaupt dem älteren Röm. R. ganz fremd waren, daß erst spätere Gesetze den Richter berechtigten, bei bonae fidei negotiis neben der Verurtheilung des Verklagten zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit aus gewissen rechtlichen Gründen auch auf Zinsen, namentlich Verzugszinsen, zu erkennen, daß dies schon in der Kaiserzeit allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden war, daß aber das Zuerkennen solcher Zinsen dem richterlichen Ermessen überlassen blieb und die Berechtigung, Verzugszinsen zu fordern, immer als ein Annexum der Hauptklage betrachtet wurde, so daß, wenn auf dergleichen aus dem Gesetze entspringende Zinsen nicht erkannt war, eine besondere Klage deswegen niemals stattfand. Es wird dies Alles, und daß nach Bezahlung der Hauptforderung eine Klage wegen der Verzugszinsen nicht mehr angestellt werden, eine Nachforderung derselben also nicht mehr stattfinden durfte, dort als nach gemeinrechtlicher Theorie und Praxis vollständig feststehend anerkannt und in einer Vergleichung der diesfälligen landrechtlichen Vorschriften mit jener Theorie und Praxis dargethan, daß bei Redaktion des ALR. im Wesentlichen an der letzteren bezüglich dieser Materie festgehalten sei und nur einige Modifikationen betreffend die Nachforderung von Verzugszinsen getroffen worden sind. Ja in den Gründen der unter Nr. 3 erwähnten Entsch. v. 11. Okt. 1853 wird noch unumwundener ausgesprochen: das ALR. habe von dem Grundsatz des Röm. R., nach welchem Verzugszinsen nicht abgesondert von der Hauptforderung durch selbstständige Klage gefordert werden können, nicht abweichen wollen. Wenn gleich indessen aus der erwähnten beabsichtigten Festhaltung des ALR. an der gemeinrechtlichen Praxis die Bestimmung des § 58 I 23 AGO. sich vollständig erklären läßt, so ist immer festzuhalten, daß die erwähnten Entscheidungen, wie schon bemerkt, lediglich mit dem Rechte der Nachforderung von Verzugszinsen nach eingeklagtem oder gütlich bezahltem Kapital sich beschäftigen und also nur in Beziehung auf diese Nachforderung die Uebereinstimmung des ALR. mit der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis haben darlegen wollen.

Verbesserungen ohne Zinsen, erhielt sie auch zugesprochen. Demnächst klagte er auf Zahlung von Zinsen dieser Summe seit dem Tage der Zahlung der Versicherungsgelder an A. In beiden Instanzen abgewiesen, weil die Nachforderung überhaupt unzulässig, beschränkte B. sich in 3. Instanz auf die Forderung von Zinsen seit dem Tage des ersten Urtheils, in welchem auf Zahlung der Entschädigung erkannt. Diese Zinsen hat das ObTr. wie in dem gleichen Falle StrA. 15 S. 119 auf Grund des § 845 zugesprochen, weil sie danach vom Tage des

Unleugbar würde nun das ALR., da es das Recht des Gläubigers, vom zahlungssäumigen Schuldner Zögerungszinsen zu verlangen, anerkannt, irgend eine ausdrückliche Andeutung darüber haben geben müssen, wenn es dies Recht als ein von der Hauptforderung untrennbares Annexum und als selbstständig nicht klagbar überhaupt anerkennen wollte; allein eine solche Andeutung findet sich nicht nur nirgend, sondern sogar eine ausdrückliche Vorschrift weist direkt auf das Gegentheil hin. Es ist dies nicht blos die allerdings singulaire und durch die neue KonkO. beseitigte Vorschrift des § 38 I 47 AGO. über Specialmoratorien: Auch wenn die Schuld ursprünglich nicht zinsbar gewesen ist, muß dennoch der Schuldner die Verzögerungszinsen von dem gesetzlich bestimmten Termin an, durch die ganze Moratorienzeit vierteljährlich entrichten, wonach also doch diese Zinsraten jedenfalls vierteljährlich eingefordert werden könnten', sondern auch die allgemeine Vorschrift über Zögerungszinsen §§ 64, 65 I 16 ALR. Faßt man die Bedeutung dieser Vorschrift der §§ 64, 65 in ihrem Zusammenhange und in Verbindung mit den Vorschriften I 11 über Zögerungszinsen bei Darlehnen auf, so geht der klare Sinn dahin:

Jeder Gläubiger hat das Recht, von seinem zahlungssäumigen Schuldner Zögerungszinsen zu verlangen; was aber die Nachforderung solcher Zinsen nach geschehener Einklagung oder gütlicher Bezahlung der Hauptschuld betrifft, so finden darüber die Vorschriften I 11 über Darlehnszinsen, soweit nicht die Gesetze besondere Bestimmungen enthalten, Anwendung.

Weiteren Beschränkungen ist das Recht auf Zögerungszinsen nicht unterworfen, vielmehr theilt dasselbe, abgesehen von diesen Beschränkungen, die rechtliche Natur jedes anderen Privatvermögensrechtes d. h. es kann im Falle der Verletzung durch Anrufung der richterlichen Hülfe geltend gemacht werden, und der Gläubiger kann also, da es lediglich seinem Ermessen überlassen bleibt, wie weit er sein ganzes Recht, oder nur einen Theil desselben geltend machen will, die Zögerungszinsen vor Einziehung des fälligen Kapitals einfordern; §§ 88, 89 Einl. z. ALR.

Allerdings steht dieser Ausführung einigermaßen die Motivirung des PlBeschl. v. 11. März 1839 entgegen, wonach Zögerungszinsen der zehnjährigen Verjährung nicht unterworfen sind. Es wird dort nämlich gesagt (ObTr. Bd. 4 S. 291): Es handelt sich um die gerichtliche Einklagung rückständig verbleibender Zinsen. Eine solche Einklagung von Zinsen ohne gleichzeitige Einklagung des Kapitals findet aber nach § 845 I 11 bei Verzugszinsen nur dann statt, wenn solche neben dem Kapital nicht gefordert, auch von dem Richter darauf nicht erkannt worden, und der Gläubiger über das Kapital nur mit Vorbehalt der Verzugszinsen quittirt hat; anderenfalls sollen sie nicht einmal vom Tage des ergangenen Urtels an nachgefordert werden können. Hieraus, sowie aus dem § 848 ergiebt sich, daß Verzugszinsen als ein Zubehör des Kapitals anzusehen sind, in der Regel nur mit diesem zugleich eingeklagt werden können und daher mit dem Kapital derselben Verjährung unterliegen müssen. Indessen ist festzuhalten, daß jener Beschluß die Erörterung und Beantwortung der vorliegenden Frage gar nicht zum Gegenstand hatte, und seine Motivirung für diese um so weniger maßgebend ist, als im weit späteren PlBeschl. v. 12. Sept. 1845, die hier vorliegende Frage noch als gänzlich offen anerkannt wurde. Endlich aber wird durch jene Motivirung auch die Vorschrift §§ 64, 65 I 16 in ihrer dargelegten Bedeutung doch in der That nicht beseitigt.

---

ergangenen Urtheils über die Hauptsumme nachgefordert werden können. Der 2. Richter hatte den § 845 nur auf den Fall des § 66 I 16 beziehen wollen, wozu offenbar jeder Grund fehlt.

In ObTr. 50 S. 153 ist übrigens die compens. mit Verzugszinsen unterschiedslos zugelassen. Der Verpächter hatte rückständigen Pachtzins ohne Zinsen eingeklagt und kompensirte demnächst gegen die Klage des Pächters auf die Pachtkaution und Zinsen mit den Verzugszinsen von dem Pachtzins, der längere Zeit rückständig geblieben war. Dies ist zugelassen, weil die §§ 843 ff., 848 nur die Klagbarkeit, nicht die Kompensation ausschlössen, was nur richtig, wenn der Zinsanspruch nicht als durch Verzicht verloren gegangen angesehn wird, wovon das Erk. c. allerdings nicht ausgeht.

Nr. 218. §§ 869—924. (I 5 §§ 165—168, 408—410.) Verträge über Handlungen. loc. cond. operarum. Begriff u. Grundsätze.*)

a. Erk. v. 14. März 1846; StrA. 95 S. 293.
b. Erk. v. 11. Dez. 1873; ObTr. 71 S. 158.
c. Erk. v. 7. Jan. 1862; StrA. 43 S. 317.
d. Erk. v. 13. Okt. 1857; StrA. 28 S. 47.

Im Falle a. verlangte der Kläger als Cessionar des W. Provision dafür, dass W. dem Beklagten ein Grundstück als verkäuflich nachgewiesen. Der Bekl. bestritt, dass er dem W., welcher Agent war, einen Auftrag gegeben. Der 2. Richter hielt den Beweis dessen nicht für erforderlich, weil W. Agent. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte der Kläger von 1857—1871 im Hause des Beklagten als Arzt fungirt und jedes Jahr ohne Abrede über das Honorar eine Summe als Honorar bezahlt erhalten und angenommen. 1872 verlangte er Nachzahlung auf Grund einer der Medizinaltaxe von 1815 entsprechenden Rechnung. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle c. hatte der Bekl. den Kläger schriftlich als Tagelöhner für seine Landwirthschaft gegen Tagelohn auf 6 Jahre angenommen, nach 2 Jahren ihm weiter Arbeit zu geben, sich geweigert. Die Klage auf Wiederannahme in die Arbeit gegen den bedungenen Tagelohn ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. — Im Falle d. war der Kläger auf 7 Jahre als Betriebs- und Baubeamter für eine Hüttengewerkschaft engagirt, nach 2 Jahren aus dem Dienst getreten und von der Gewerkschaft auf sofortigen Wiederantritt verklagt. In 2. Instanz drang die Klage durch. Das ObTr. hat abgewiesen.

Gründe: a. Es bestimmen die §§ 873, 874 I 11, daß demjenigen, welcher eine Handlung übernommen und sie auch wirklich geleistet hat, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt eine Vergütung gebühre, und zwar wenn die Handlung zu den gewöhnlichen Nahrungs- und Berufsgeschäften des Handelnden gehört, in Höhe des nach dem Gutachten der Sachverständigen gewöhnlichen Lohnes, andernfalls aber, sofern nicht nach den Umständen eine Freigebigkeit zu vermuthen ist, nach dem niedrigsten durch Sachverständige zu bestimmenden Satze. Nun ist zwar dem App.-Richter darin beizutreten, wenn er die von dem ersten Richter angedeutete Ansicht, als habe W. einen Anspruch auf Abgeltung eines von ihm dem Verklagten gelieferten Nachweises eines käuflichen, von dem Verklagten demnächst an sich gebrachten Grundstückes bei Ermangelung eines ausdrücklichen Provisionsversprechens in keinem Falle erwerben können, als den eben allegirten gesetzlichen Bestimmungen zuwiderlaufend verworfen hat. Es ist aber andrerseits zuzugeben, daß nach der Wortfassung des § 873 und noch mehr nach dem Zusammenhange der §§ 873, 874 mit den ihnen unmittelbar voraufgehenden §§ 870—872 a. a. O. (von denen der § 871, falls in einem Vertrage über Handlungen die Vergütung für die zu leistende Handlung nicht hinlänglich bestimmt worden, die Ergänzung der fehlenden Bestimmung nach dem Gutachten von

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 399, 401, 402 unt. b.; Dernburg 2 §§ 191, 192; Förster (Eccius) 2 § 138; 1 § 108 A. 3. — Ueber den Begr. der Vertr. über Handlungen ist des Weiteren unt. Nr. 92, Bd. 1 S. 384, u. unt. Nr. 122, Bd. 1 S. 549, gehandelt und dort bereits darauf hingewiesen, daß der Begr. im weitesten Sinne zu nehmen, auch Unterlassungen mit dem Charakter der Handlung, §§ 869, 870; ObTr. 13 S. 120; StrA. 32 S. 234; Bd. 1 S. 386, darunter fallen, immer aber vorausgesetzt ist, daß die Leistung der Handlung als solcher für den anderen Kontrahenten, StrA. 70 S. 214; Bd. 1 S. 389, selbstständig als Inhalt des Vertr. erscheint, wie bei den auf Uebertragung einer Sache im weiteren Sinne gerichteten Vertr. die Uebertragung der Sache als Inhalt des Vertrages erscheint, daß deshalb von Handlung nicht die Rede, wo die Handlung nichts ist, als Willenserklärung oder Rechtsgeschäft, in welchem Falle nicht die Handlung, sondern der Inhalt des Rechtsgeschäfts der

Sachverständigen anordnet, der § 872 aber bei derartigen Verträgen, sofern in ihnen eine Bestimmung über die Vergütung gänzlich ermangelt, und vielmehr die Gewährung einer Vergütung nur stillschweigend vorausgesetzt war, die Klage auf Erfüllung ausschließt) die Handlung, um deren Abgeltung nach den §§ 873, 874 es sich handelt, eine vertragsmäßige resp. vereinbarte sein müsse, daß die §§ 873, 874 nur die Ergänzung eines über Leistung einer Handlung abgeschlossenen, Mangels jeder ausdrücklichen Bestimmung über deren Remunerirung aber unvollständigen Vertrages auf den Fall, daß die Handlung geleistet worden, bezwecken, und daß aus ihnen eine Verpflichtung zur Honorirung unverlangt geleisteter oder gar aufgedrungener Dienste nicht zu entnehmen ist. StrA. 23 S. 83. Durch Nichtschwörung des dem Verklagten über den Nachweis eines käuflichen Grundstückes seitens des klägerischen Cedenten anvertrauten Eides, welchen der App.-Richter allein beibehalten hat, wird indeß nur der Beweis dafür geliefert, daß von dem Cedenten des Klägers, der seinen Anspruch aus einem Vertrage über Handlungen ableitet, die in Rede stehende Handlung geleistet, nicht aber auch, daß sie auf Grund eines zwischen ihm und dem Verklagten geschlossenen Vertrages geleistet worden.

Es läßt sich auch in dem bloßen Umstande, daß der erste Richter des Eingeständnisses des Verklagten gedenkt, bereits längere Zeit vor dem Ankaufe des Grundstückes mit W. über denselben gesprochen zu haben, und die Deposition der Wittwe des W. referirt, nach welcher ihr verstorbener Ehemann in Folge eines von dem Verklagten ausgegangenen Zeitungsartikels letzterem, welcher ein Grundstück zum Ankaufe gesucht, seine Dienste offerirt hat, eine in der letzteren Richtung getroffene Feststellung nicht erblicken. Es hat hiernach der App.-Richter im vorliegenden Falle den § 873 zur Anwendung gebracht, ohne die zu einer solchen erforderlichen faktischen Unterlagen festgestellt zu haben. Sein von keinem anderen Grunde getragenes Er-

---

Inhalt des Vertrages ist. Beispiele sind Bd. 1 S. 387, 388 u. im Erk. c. Nr. 122, Bd. 1 S. 549 u. S. 550 angeführt. Zu notiren ist dazu noch ObTr. 59 S. 85, wo bei den administrativen Verhandlungen über eine neue Ansiedlung, — vgl. jetzt §§ 13 ff. Ges. v. 25. Aug. 1876, — der Nachbar des Ansiedlers erklärt hatte, er habe gegen den Anbau nichts einzuwenden, wenn der Anbauer keine Fenster nach seiner Hofseite offen lasse, der Anbauer erklärt hatte, er werde keine Fenster anbringen oder 3 Fuß von der (unbebauten) Grenze entfernt bleiben. Als der Anbauer trotzdem Fenster anbrachte, klagte der Nachbar auf Schließung oder Zurückziehung des Baus, obwohl der Anbauer in der gesetzlichen Entfernung geblieben war, indem er sich auf § 165 I 5 berief. Die Klage ist abgewiesen, weil der Nachbar einmal kein privatrechtl. Widerspruchsrecht gegen den Anbau hatte, auf das er hätte verzichten können, u. der privatrechtl. Leistung des Klägers, welche als Gegenleistung aufzufassen, jeder Anhalt fehlte. Anders lag StrA. 92 S. 184, wo A. u. B. mündlich paktirt, daß A. den Verkauf des Guts des C. an B. und die Einwilligung des C. zur Heirath der Tochter des C. mit D. beschaffen, B. nach dem Verkauf und der Heirath eine Darlehnsschuld des C. an A. übernehmen solle. Der 2. Richter wies die Klage des A. gegen B. ab, weil die Handlung des B. eine Expromission, die der Schriftform bedürfe. Das ObTr. verurtheilte, weil die Expromission die Vergütung für die geleistete Handlung, für welche es ebenso gleichgültig, daß sie der schriftlichen Form bedurfte, um gültig zu sein, wie im Falle des Erk. a. Nr. 92, Bd. 1 S. 384 gleichgültig war, daß es zur versprochenen Eigenthumsübertragung der Form bedurfte, um sie zu einer unwiderruflichen zu machen. Vgl. auch ObTr. 65 S. 30 (StrA. 51 S. 102) unt. Nr. 92, Bd. 1 S. 397.

Handlungen im Sinne der §§ 165, 408 I 5 und des Abschn. 8 Tit. 11 sind dagegen Leistungen aller Art, — soweit sie nicht Uebertragung von Sachen oder Rechten, Begründung, Lösung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen unter den Kontrahenten zum Inhalt haben, — mögen diese Leistungen handwerksmäßiger, künstlerischer, gewerblicher, wissenschaftlicher oder sonstiger Art sein. Deshalb fällt, wie schon früher hervorgehoben, unter den Begr. der Vertr. über Handlungen nicht blos der Vertrag mit dem Gesinde, Handwerkern, Künstlern, Schauspielern (StrA. 1 S. 150; 84 S. 164), die Vertr. über Bearbeiten u. Vorarbeiten (Färben, Spinnen, Reinigen) von Sachen, sondern auch der Vertrag mit Lehrern, Aerzten (Erk. b.), der Vertr. über Zuführen, Ermitteln, Nachweisen von Käufern, Verkäufern (StrA. 14 S. 214;

kenntniß unterliegt daher, soweit es angegriffen worden, der Vernichtung; es erübrigt bei dieser Sachlage jedwede Erörterung darüber, ob er gegen den § 873 auch noch aus einem andern Grunde gefehlt habe.

Bei der demgemäß eröffneten freien Beurtheilung des klägerischen sich auf einen mündlichen Vertrag über Handlungen stützenden Anspruches stellt sich nach den vorstehenden Erörterungen im gegenwärtigen Falle der Nachweis, daß Verklagter und W. übereingekommen, letzterer solle dem ersteren ein käufliches Grundstück namhaft machen, als erforderlich dar.

Gründe: b. Der App.-Richter erachtet nicht einen von den Parteien durch konkludente Handlungen geschlossenen Vertrag, für erwiesen, wonach der Kläger für jedes folgende Jahr ohne Rücksicht auf die Medizinal-Taxe durch eine gewisse runde Summe hat abgefunden werden sollen. Vielmehr ging nach seiner thatsächlichen Feststellung die stillschweigende Vereinbarung dahin, daß die zu Anfange eines jeden Jahres vom Verklagten geleistete Zahlung zur vollständigen Befriedigung des Klägers wegen seiner im vorhergegangenen Jahre gehabten ärztlichen Bemühungen hat dienen sollen, und daß in diesem Sinne die jährliche Zahlung vom Verklagten geleistet, vom Kläger angenommen worden ist. Demgemäß hat diese Vereinbarung in jedem Jahre von Neuem stattgefunden.

Es handelt sich nicht um die Frage, ob ein Kontrahent zur Erfüllung eines stillschweigend abgeschlossenen Vertrages verpflichtet ist; auch besteht darüber, daß der Verklagte, auf dessen Ansuchen der Kläger in der Eigenschaft als Arzt thätig gewesen ist, an sich zur Zahlung des Honorars nach den Sätzen der Medizinal-Taxe angehalten werden könnte, gegenwärtig kein Streit. Es handelt sich vielmehr nur darum, ob sich der Verklagte vermöge der erwähnten jährlichen Vereinbarung durch die geleisteten geringeren Zahlungen seiner Verbindlichkeit entledigt hat, was, in Uebereinstimmung mit dem App.-Richter, bejaht werden muß.

---

40 S. 128; 56 S. 33; 52 S. 266), an sich auch der Werkverdingungsvertrag, der Lieferungsvertrag im landrechtl. Sinne, Erk. d. Nr. 194, Bd. 2 S. 45, 58, an sich auch der Vollmachtsvertrag, der Verwaltungsvertrag (ObTr. 72 S. 183 zu I 14 §§ 109 ff.), der Vertrag mit dem Schiedsrichter, das receptum (StrA. 27 S. 158. Vgl. § 857 CPO.; Förster (Eccius) 1 § $49_{15, 16}$). Es ist aber bereits früher darauf aufmerksam gemacht, daß einzelne dieser Vertr. über Handlungen, wie der Vollmachtsvertrag, der Verwaltungsvertrag, theils ganz ausgeschieden und als besondere Vertragsarten besonderen Vorschriften unterworfen sind, theils wie der Werkverdingungs-, der Gesindedienstvertrag, zwar unter der allgem. Kategorie der Vertr. über Handl. belassen, aber unter besondere Regeln gestellt sind.

Ueber den Dienstvertrag mit Gesinde, Hausofficianten (Förster, ländliche Arbeiter, Schäfer u. a.) vgl. zu II 5 und über die Werkverdingung Nr. 219, über die Bedeutung des Unterschieds zwischen dem Vollmachtsvertrag und dem reinen Vertr. über Handlungen zu § 22 I 13 (StrA. 52 S. 226; Unanwendbarkeit des § 22 I 13 bei Vertr. über Zuführen, Ermitteln, Nachweisen eines Käufers).

Begrifflich ist Inhalt des Vertr. über Handl. die Handlung als solche, nicht ihr Erfolg, ihr Ergebniß, daß sie ein solches in bestimmter Form habe, deshalb nicht nothwendiges Requisit. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß ein solches Ergebniß ausdrücklich oder stillschweigend als im Vertrage enthalten anzusehn; es ist dann Mitinhalt der Willenserklärung, nicht Bedingung, — StrA. 56 S. 33 unt. Nr. 67, Bd. 1 S. 266, — bestimmend für die Frage der Erfüllung, so z. B. bei der Werkverdingung und bei dem Vertr. über Be- u. Verarbeitung von Sachen, soweit er nicht als Werkverdingung aufzufassen, — vgl. unt. Nr. 219. — Ob und welcher Erfolg als Inhalt verstanden, ist konkret zu entscheiden. So StrA. 14 S. 214; 40 S. 128; 83 S. 122. In letzterem Falle hat A. dem B. in einem Reverse Belohnung für den Fall, daß er durch seine Vermittlung sein Grundstück verkaufe, versprochen, B. ihm den C. als Käufer zugeführt, A. auch an C. verkauft, nachdem später D. als Vermittler eingetreten. Die Klage des B. auf Zahlung des Versprochenen drang hier durch, weil der 2. Richter feststellte, daß nach dem Inhalt des Reverses die Belohnung verdient, sobald die Handlung geleistet und der Verkauf an den zugeführten Käufer erfolgt. Das ObTr. verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde, weil diese Auslegung thatsächlicher Art, dem Begriff des Vertr. über Handl. nicht wesentlich, daß der Erfolg der Handlung in ursächlichem Zusammenhang mit dem

Der Kläger hat nämlich ein Honorar nicht vorbedungen. Darum ist er, wenn er der Aufforderung des Verklagten entsprechend ärztlich fungirte, einen Innominat-Vertrag eingegangen, den der erste Richter mit Recht unter den Gesichtspunkt des § 873 I 11 bringt. Bei solchen Verträgen über Handlungen fällt nach deren Ausführung die Bestimmung des Lohnes zunächst dem Arbitrium des Handelnden anheim, welches sich jedoch innerhalb der Grenzen der Billigkeit und Angemessenheit zu bewegen hat, also der Monitur des anderen Theiles bei Berufung auf Sachverständige, auf nachweisbare Ueblichkeit eines minderen Lohnes oder auf gesetzliche Taxen unterliegt und eben dieserhalb nicht unter den § 71 I 5 ALR. gehört, wonach Verträge, deren Bestimmung der Willkür des Verpflichteten oder des Berechtigten lediglich überlassen ist, unverbindlich sind. Durch die Forderung, welche der Handelnde nach Beendigung seiner Thätigkeit stellt, ist der Ausdruck seines Ermessens über Preis oder Lohn gegeben und die höchste ihm gebührende Belohnung einstweilen fixirt. (Vergl. Seuffert, Pand., § 258 Note 8.) Dabei tritt in dem Falle, wenn etwa durch Sachverständige oder durch gesetzliche Maximal-Taxen der Anspruch auf eine höhere, als die verlangte, Vergütung hätte begründet werden können, das Moment des Erlasses völlig zurück, weil eben die quantitative Bestimmung des Anspruches von der Initiative des Berechtigten abhängt und erst durch die Erklärung desselben zuwege gebracht wird, dergestalt, daß ein vergleichbarer anderweitiger Anspruch nicht existirt. Genehmigt nun und zahlt der andere Theil die abgeforderte Summe, so ist eine Vereinbarung daüber, daß die ganze Forderung des Gläubigers als getilgt anzusehen, vorhanden, und die Tilgung materiell erfolgt, mithin eine Nachliquidation unstatthaft (v. Vangerow, Pand., 6. Aufl. Bd. 3 S. 446). Ein Gleiches muß aber auch dann gelten, wenn, wie vorliegend, nicht der Gläubiger eine gewisse Summe gefordert, sondern eine vom Anderen offerirte Summe stillschweigend gut geheißen und angenommen hat, ohne

---

Erfolge stehe, obwohl dies konkret so gedacht sein könne, auch so, daß es von der Willkühr des Versprechenden abhänge, ob er den Erfolg wolle.

Begrifflich soll dann nach § 870 das Versprechen einer Vergütung, d. h. einer Gegenleistung überhaupt, Erk. a. Nr. 92, erforderlich sein. Aus der Verbindung mit § 869 und den §§ 871—875 ergiebt sich indessen, daß damit nichts Anderes hat ausgesprochen werden sollen, als was aus dem Begr. des lästigen Vertrages von selbst folgt, d. h., daß neben der Bestimmtheit der Handlung auch die Gegenleistung bestimmt oder bestimmbar sein muß, § 71 I 5; StrA. 58 S. 344 unt. Nr. 73 Bd. 1 S. 283, und daß erhellen muß, daß die Handlung übernommen, d. h. obligandi animo geleistet und angenommen. Darauf beruht der unbedenkliche Satz des Erk. a., daß unaufgetragene oder aufgedrungene Dienste nicht verpflichten, sowie StrA. 27 S. 158, daß das recept. arbitri unklagbar, wenn keine Vergütung stipulirt. In dem im Erk. a. angezogenen StrA. 23 S. 83 handelte es sich um Bezahlung von schriftstellerischen Arbeiten für eine Zeitung, die nach der Feststellung des Richters unaufgefordert und ohne die Verpflichtung unterschiedsloser Bezahlung eingesandt waren. Dabei ist aber betont, daß Einsendung auf Aufforderung ein Vertragsverhältniß begründen kann. In StrA. 72 S. 141 war A. von B. als Baumeister für seine Güter und Etablissements engagirt und thätig gewesen, hatte aber gleichzeitig auch während seiner Dienstzeit eine Ziegelei geleitet. Der Anspruch auf besondere Vergütung dafür ist in allen Instanzen durchgedrungen. Das ObTr. begründet die Verurtheilung mit dem bedenklichen Satze, daß, wo Abrede über die Vergütung fehle, das Vertragsverhältniß auf Leistung und Annahme beruhe, die Natur eines Realvertrages habe, daß in § 874 die Feststellung der obligatorischen Absicht nicht erforderlich, der Anspr. auf Vergütung begründet, wenn der Empfänger der Leistung nicht den Mangel derselben und Umstände erweise, unter denen Freigebigkeit zu vermuthen. Aus der Natur des Realvertrages würde nie die Verpflichtung zur Gegenleistung, nur zur Rückleistung, bei Handlungen, die nicht zurückzugeben, die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung, d. h. des durch die Handlung Ersparten, folgen, — vgl. über nützliche Verwendung durch Handlungen zu I 13 §§ 262 ff. StrA. 19 S. 58; ObTr. 15 S. 206. Eine Verpflichtung zur Gegenleistung setzt nothwendig voraus, daß die Leistung unter der Auflage der Verpflichtung zu solcher gegeben und angenommen, daß aus den Umständen die Absicht zu entnehmen, daß eine Vergütung erwartet und gewährt werden soll. So OHG. 21

seinerseits einen höheren Betrag zu fordern oder einen Vorbehalt zu machen. Die entscheidende Willensübereinstimmung, worauf es allein ankommt, ist auch hier vorhanden. Unbedenklich aber kann eine solche Vereinbarung auch durch konkludente Handlungen erzielt werden, § 59 I 4 ALR. Der Kläger hält diesen § für verletzt, weil derselbe nur auf einseitige Willenserklärungen, nicht auf Verträge Anwendung finde, d. h. wie aus seiner Bezugnahme auf die Gründe des ersten Richters erhellt, auf Vertragsverhältnisse mit bestimmten gegenseitigen Rechten und Pflichten. Seine Rüge scheitert aber schon an der Erwägung, daß nur eine ausgeführte, zwar ein Rechtsgeschäft, aber keinen selbstständigen Vertrag involvirende Zahlung, welche die Erfüllung eines solchen bezweckt, vorliegt. (Gruchot, Lehre von der Zahlung einer Geldschuld, S. 12 ff.) Von der Begründung wechselseitiger Rechte und Pflichten ist also keine Rede.

Wie gezeigt, handelt es sich nicht um einen Erlaß bezüglich dessen, was der Kläger mehr, als er gefordert resp. empfangen hat, hätte fordern dürfen. Darum ist der fernere versuchte Angriff unhaltbar, welcher auf der Prämisse beruht, es handele sich allerdings um einen die ausdrückliche Willenserklärung erfordernden Erlaß und wonach die §§ 379—381 I 16 und die §§ 58—60 I 4 ALR. verletzt, auch zugleich die Natur und den wesentlichen Charakter des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeschäftes verkannt sein soll.

Gründe: c. Der Implorant beschwert sich zu Unrecht über die Nichtanwendung des § 408 I 5 und der §§ 918, 919 I 11 ALR. Der § 408 I 5 steht in untrennbarem Zusammenhange mit dem folgenden § 409.

Der Implorant folgert aus der ersten Gesetzstelle, daß er, auch wenn er unrechtmäßig vom Vertrage zurückgetreten wäre, nicht zu dessen Fortsetzung, sondern nur zur Entschädigung des Klägers verpflichtet sein würde, und motivirt seine Beschwerde aus dem offenbar unhaltbaren Grunde, daß der betreffende Vertrag blos die Zeit

---

S. 274, wo A. den Kommissionär B. beauftragt hatte, ihm bei Verkauf einer Waldparzelle behülflich zu sein, B. dem C. dies mitgetheilt, C. dem B. gesagt, daß er dem A. einen bestimmten Kaufpreis anbieten solle, B. dies gethan, A. dann an C. verkauft, u. B. nun gegen C. Provision eingeklagt hatte. Die Klage ist abgewiesen, weil aus der Sachlage nicht folgte, daß, was B. geleistet, für C. und in Folge seines Auftrags geleistet, C. sich habe verpflichten wollen.

Die Vergütung wird nach Abrede oder angemessen geleistet, §§ 870 ff. Die Abrede hat zu beweisen, wer sie behauptet, ist Abrede vorbehalten, aber nicht zu Stande gekommen, so liegt perfekter Vertrag nicht vor, § 871 ist in solchem Falle unanwendbar, StrA. 68 S. 14 unt. Nr. 73, Bd. 1 S. 284, auch nicht § 408 I 5. Das in Erwartung der Abrede Geleistete wird nur aus dem Gesichtspunkte der cond. s. c. oder causa data zu vergüten sein. Sind beide Theile einig, daß ein Preis verabredet, die Höhe streitig, so ist jedenfalls nicht das Angemessene festzustellen, sondern der verabredete Preis, OHG. 8 S. 352; 6 S. 380; 15 S. 430; StrA. 9 S. 73 unt. Nr. 195, Bd. 2 S. 71. Verlangt der Leistende angemessenen Preis, während der Empfänger Abrede anderen Preises behauptet, so hat der Leistende den von ihm behaupteten Vertragsinhalt zu beweisen (nicht die Negative, weil nicht zu beweisen, was nicht verabredet, wohl aber, was verabredet und daraus zu entnehmen, ob ein Preis verabredet), OHG. 15 S. 78. Vgl. OHG. 24 S. 62 unt. Nr. 195, Bd. 2 S. 71; OHG. 12 S. 201.

Ist kein Preis verabredet, so ist als Intention anzunehmen, daß der Leistende soll fordern dürfen, der Empfänger aber nur das Angemessene zu zahlen hat. Darauf beruht auch Erk. b., wenn es die willkürliche nachträgliche Erhöhung einer einmal als gestellt und getilgt anzunehmenden Forderung ablehnt. Ebenso OHG. 11 S. 247, 249; 16 S. 386, wo noch ausgeführt, daß durch die Stellung der Forderung der Vertrag nach der Richtung des Preises perfekt geworden. Deshalb findet in solchem Falle auch nicht etwa § 240 Nr. 2 der CPO. Anwendung. Ueber den Ort, nach welchem der angemessene Preis zu bestimmen, vgl. StrA. 12 S. 53 unt. Nr. 44, Bd. 1 S. 160, 161.

Auf das Gutachten Sachverständiger ist nicht zurückzugehn, wo Taxen bestehn. Dies gilt namentlich für Aerzte, für welche die Medizinaltaxe v. 21. Juni 1815 (GS. S. 109) durch § 80 der GewO. nicht beseitigt. Vgl. Ges. v. 2. Juli 1867 (GS. S. 119), durch

seiner Dauer, nicht aber ein bestimmtes verdungenes Werk angebe; also aus einem Grunde, welcher bei der unangefochtenen, richterlichen Feststellung, wonach der Kläger als Tagelöhner auf einer bäuerlichen Nahrung angenommen war, durch die klare Bestimmung des § 894 I 11 und des § 412 I 5 widerlegt wird. Andererseits läßt sich zwar auch der Ansicht des App.-Richters, daß der § 408 I 5 nicht anwendbar sei, weil der Vertrag über zwei Jahre beiderseits erfüllt worden, und „von einer Unfähigkeit des Klägers zur bisherigen oder zur zukünftigen Erfüllung nicht die Rede sei", nicht beipflichten. Denn wenn hiermit auch nichts Anderes gemeint sein kann, als: daß der Kläger bisher die Erfüllung kontraktmäßig geleistet und auch im Stande sei, sie künftig zu leisten, so hängt doch allein vom Gegentheile die Befugniß zum Rücktritt nach § 408 I 5 nicht ab. Auch ist es richtig, daß in dem vom Imploranten angezogenen Erkenntnisse, StrA. 4 S. 1, ein Gutsherr für nicht verbunden erachtet wurde, den lebenslänglich angestellten Förster in sein Dienstverhältniß wieder einzusetzen, weil „der Verklagte aus Gründen der Art, wie sie sich im § 408 I 5 angedeutet finden, zurückgetreten ist und mithin zur Fortsetzung des Vertrages nicht angehalten werden kann". Allein abgesehen von der Verschiedenheit der Fälle zwischen dem Dienste aus erlerntem Berufe und der Verrichtung gewöhnlicher Tagelöhnerarbeit, ist in demselben Erkenntnisse der Verklagte verurtheilt: „dem Kläger die ihm im Kontrakte ausgesetzten Einkünfte lebenslänglich zu gewähren", und in den Gründen ist ausgeführt: daß der Kläger ohne rechtlichen Grund des Dienstes entlassen sei, und daß „die ihm nach § 409 zukommende Schadloshaltung in der That in nichts Anderem, als in der Leistung dessen, was ihm kontraktlich versprochen worden, bestehen kann", wobei es dem Verklagten unbenommen bleibe, von dem Kläger die Leistungen, wozu ihn seinerseits der Vertrag verpflichte, auch fernerhin zu verlangen. Entsprechend diesem Präjudikate würde mithin auch die Anwendung des § 408 I 5 a. a. O. auf den jetzigen Streitfall zu keinem dem Verklagten günstigen Entscheidungsresultate führen, da der App.-Richter thatsächlich feststellte: „der Verklagte habe den Beweis

---

welches die Taxe auch in Nassau eingeführt, ObTr. 69 S. 165 (StrA. 90 S. 101). Mit der Auslegung derselben beschäftigen sich ObTr. 18 S. 201; StrA. 4 S. 218; 69 S. 186; 98 S. 70; 97 S. 49. Im ersten Erk. wird die Frage behandelt, ob der Arzt bei Reisen über Land (d. h. Umgegend; wenn ein Arzt in eine entfernte Stadt berufen wird, sind die Nr. 23, 24 der Taxe nicht anwendbar, StrA. 98 S. 70), bei denen er mehrere Kranke besucht, die Reisekosten (u. Diäten?) auf alle zu repartiren hat, was bejaht wird. Nach StrA. 4 S. 218 u. 69 S. 186 vertreten die Meilengelder in Nr. 24 der Taxe nicht die Fuhrkosten, nur die Vergütung für Dienstleistung, Aufwand und Zeitversäumniß. StrA. 97 S. 49 läßt Meilengelder auch bei Fahrten mit der Eisenbahn liquidiren. (Begleitung eines Geisteskranken als ärztl. Dienstleistung.)

Alles dies enthält keine besonderen Grundsätze für die Behandlung der Vertr. über Handl., ebenso nicht der § 877 h. t., wohl aber der § 878 h. t., § 408, §§ 165—168 I 5. Ueber letztere vgl. Nr. 92, Bd. 1 S. 384 und dazu noch RG. 8 S. 229 über die Anwendung des Prinzips der §§ auf den Fall, wo von beiden Seiten Handlungen versprochen und theilweise geleistet. Ueber § 408 vgl. Nr. 122, Bd. 1 S. 549. Der § 878 h. t. beruht auf demselben Prinzip, wie § 408 I 5 und ist mit demselben zu verbinden, nicht in Gegensatz zu setzen. Er besagt, daß Weigerung die Partei berechtigt, zurückzutreten, nicht zur Klage auf Erfüllung zwingt, wie dies die Regel, §§ 393, 394 I 5; er besagt aber nicht, daß § 408 I 5, wonach zurücktreten kann, wer auch nur behauptet, daß der Andere nicht gehörig erfüllt oder nicht erfüllen kann, und wonach in solchem Falle die Klage auf Erfüllung, auch wenn die Behauptung unbegründet, sich in die Klage auf das Interesse verwandelt, unanwendbar, wenn sich herausstellt, daß die Erfüllung nicht geweigert. Wer behauptet, daß die Erfüllung geweigert, § 878, behauptet nothwendig, daß die Erfüllung nicht geleistet. Darüber, ob Weigerung vorliegt, ist im Prozeß zu entscheiden, aber die Rücktrittserklärung beseitigt die Erfüllungsklage nach § 408 I 5, auch wenn die Weigerung nicht festgestellt. So Erk. d. und in den Gründen Erk. a. Nr. 122, Bd. 1 S. 550. Anscheinend abweichend in den Gründen des Erk. b. Nr. 122, Bd. 1 S. 555. In StrA. 20 S. 240, wo A. dem B. die Niederstoßung von Bohrlöchern für ein Steinkohlenflöz übertragen, B. bis zu einer gewissen Tiefe gebohrt und die Arbeit dann aufgegeben hatte, ist die Klage auf Fortsetzung der Arbeit auf Grund § 408 I 5 abgewiesen, dabei ausgeführt, daß § 408 I 5 nicht im Wider=

nicht geführt, daß Kläger seinen Pflichten nicht Genüge geleistet habe". Es ist indeß auch darin dem App.-Richter beizutreten, daß die Streitfrage nicht nach dem § 408 I 5, sondern nach den Vorschriften im 8. Abschn. des 11. Tit. zu entscheiden war. Zwar rügt der Implorant ferner die Nichtanwendung der §§ 918, 919 I 11, allein ebenfalls grundlos.

Der § 919 ist durch die eben erwähnte, thatsächliche Feststellung des App.-Richters hier ausgeschlossen. Doch auch der § 918 kann nicht zur Anwendung kommen. Er setzt unzweifelhaft das Vorhandensein des zweiten Falles der in § 907 gegebenen Vorschrift voraus: „Ist aber der Arbeiter auf eine in sich, oder durch Bezug auf die Vollendung eines gewissen Werks bestimmte Zeit gedungen worden: so kann er vor Ablauf dieser Zeit in der Regel nur alsdann, wenn er untüchtig befunden wird, oder sonst seiner Pflicht kein Genüge leistet, entlassen werden."

Denn die Regel für Rechtsverhältnisse der vorliegenden Art ist im § 877 a. a. O. dahin gegeben: „Auch aus solchen Verträgen kann, sowie aus allen übrigen, wenn sie durch wechselseitige Einwilligung in gesetzmäßiger Form abgeschlossen sind, auf Erfüllung geklagt werden."

Und unter den Bestimmungen, welche die Verhältnisse, wie sie in § 907 gedacht sind, näher regeln, ordnet der § 910 an: „Wird die Arbeit auf eine Zeitlang durch grobes oder mäßiges Verschulden des Dingenden, oder gar durch die freie Willkür desselben unterbrochen: so kann der Arbeiter, wenn er nach gehobenem Hindernisse die Arbeit fortsetzen will, auch für die Zwischenzeit nach Vorschrift des § 909 Vergütigung fordern."

Hier ist offenbar, wie aus den Worten: „nach gehobenem Hindernisse", und dem Entschädigungsgrundsatze in § 912 erhellt, nur die Arbeit eines gewissen Werks vorausgesetzt. Dieselbe Voraussetzung deuten auch im § 918 die Worte: „wird die Arbeit ganz abgebrochen" an, da es mindestens eine sehr ungewöhnliche Ausdrucksweise wäre, bei Dienstleistungen, welche das Bedürfniß einer Landwirthschaft fort-

---

spruch mit § 878 h. t. stehe, der einen berechtigten Rücktritt voraussetze, nicht vom Rücktritt auf eigne Gefahr handle. Auch StrA. 91 S. 307, 323 geht davon aus, daß beide §§ harmoniren, ebenso OHG. 13 S. 221; 20 S. 340, 341. Vgl. auch OHG. 7 S. 297, 302.

Unter Nr. 122 ist bereits darauf hingewiesen, daß der Grundsatz des § 408 I 5 nicht eintritt, wo besondere Gesetze entgegenstehn. Dies trifft namentlich zu bei Werkverdingung, Nr. 219, bei dem Gesindevertrage, vgl. Gesinde-O. bei II 5, nicht in den Fällen der Art. 61—63 HGB., aber nach § 412 I 5, §§ 904 ff. h. t. bei gemeinen Tagarbeitern und Handarbeitern. Danach ist das Rücktrittsrecht für den Dingenden auf die Fälle der §§ 878, 907 h. t., in welchen Untüchtigkeit und Pflichtverletzung in weiterm Sinne zu fassen, beschränkt, für den Arbeiter auf den Fall des § 878 h. t. Darauf beruht Erk. c., das dem § 918 eine nicht unbedenkliche Auslegung giebt, sich aber dadurch rechtfertigt, daß von einem gänzlichen Abbrechen der Arbeit, welches sprachlich deren Aufgeben bedeutet, in der That in dem Falle nicht die Rede war.

Nach § 920 sollen die §§ 895—919 auch bei Werkmeistern und Künstlern Anwendung finden, die zu einer Arbeit (nicht zur Herstellung eines opus) gedungen, aber nur „in der Regel", wodurch dem freien Ermessen Spielraum eröffnet. In StrA. 84 S. 164 ist von den §§ 908, 909, nach § 924 in dem Falle Anwendung gemacht, wo ein Schauspieler während des Engagements zeitweilig erkrankt, aber nicht entlassen war; es ist ihm die Gage auch für die Zeit der Erkrankung als billige Vergütung, § 924, zugesprochen. In OHG. 7 S. 297, 302 ist die Anwendung des § 907 auf den als Seideninspektor engagirten Kaufmann, in OHG. 19 S. 61 auf den Direktor einer Aktiengesellschaft abgelehnt, in ersterem Falle nur §§ 408, 409 I 5 für anwendbar erachtet. In letzterem Falle handelte es sich darum, ob der erkrankte und nach längerer Krankheit am 30. September entlassene Direktor sich den Abzug an Stellvertretungskosten gefallen lassen müsse. In 2. Instanz war dies auf Grund der §§ 907, 909, 924 h. t. bejaht, vom OHG. die Anwendbarkeit verneint und zugleich ausgeführt, daß zwar die §§ 869—893 h. t. und die allgemeinen Grundsätze in I 5 anwendbar, aber nicht die §§ 883, 884 h. t., weil diese theilweise Erfüllung und die Möglichkeit, die Gegenleistung verhältnißmäßig zu bestimmen, voraussetzen, von theilweiser Erfüllung in einem Verhältniß wie das des Repräsentanten einer Gesellschaft nicht die Rede, in solchem

dauernd erheischt, einen Wechsel in der Person des Arbeiters als ein Abbrechen der Arbeit zu bezeichnen. Auch kann bei der Anordnung, wonach der Dingende das bereits Geleistete kontraktmäßig vergüten soll, nicht füglich an ein Tagelöhner-Verhältniß gedacht sein. Die Ausnahme im § 918 von der im § 877 gegebenen Regel läßt sich aber auch, dem Grunde des Gesetzes nach, nicht auf beide im § 907 vorgesehene Fälle anwenden, weil die Rücksicht, bei dem Aufgeben des beabsichtigten Werks den Dingenden nicht länger zur Lohnzahlung an den nicht ferner verwendbaren Arbeiter zu verpflichten, bis dieser anderweit Gelegenheit hat, Arbeit zu finden, sich bei Tagelöhnern, welche für den fortdauernden gewöhnlichen Wirthschaftsbedarf auf einen abgegrenzten Zeitraum angenommen wurden, nicht geltend machen kann. Die Ausnahme im § 918 erfordert aber eine um so striktere Anwendung, da sie der Willkür des Dingenden sogar noch mehr Raum läßt, als die allgemeine Vorschrift des in den §§ 408, 409 I 5 bezüglich der Folgen des Rücktritts von Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind. Der App.-Richter hat daher mit Recht den § 918 außer Anwendung gelassen.

Gründe: d. Der Vertrag ist ein Vertrag über Handlungen. Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin dem Verklagten gesetzliche Veranlassung gegeben habe, ihren Dienst zu verlassen, ob namentlich darin, daß sie ihm bei Anordnung seiner Versetzung nicht freie Wohnung dort angewiesen habe, eine Vertragsverletzung enthalten sei, oder ob sich der Verklagte vertragswidriger Handlungen gegen die Klägerin schuldig gemacht habe. Auf Erörterung dieser Streitpunkte kann es jedoch behufs Entscheidung der Frage, ob der Verklagte zum Wiederantritt des Dienstes bei der Klägerin zu verurtheilen, überall nicht ankommen, weil diesem Verlangen der Klägerin unter allen Umständen die §§ 408, 409 I 5 ALR. entgegenstehen. Hiernach findet bei Verträgen über Handlungen, wenn der eine Theil, sei es mit oder ohne

---

Verhältniß auch (wie bei Beamten ObTr. 52 S. 320, 355) der verhältnißmäßige Theil des Gehalts nicht als die Gegenleistung für die Leistung in einer bestimmten Zeitperiode anzusehn ist, vielmehr Dienst und Genuß des Einkommens sich als Ganzes gegenüberstehn, deshalb das Anrecht auf Gehalt so lange wie die Dienststellung besteht.

Wo wegen Aufhebung des Vertrages durch Rücktritt oder verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung, §§ 888, 889, 920 h. t. das Interesse an die Stelle der Vertragsleistung tritt, wird wenigstens bei Dienstverträgen, — vgl. §§ 152, 161, 163 GesO., — regelmäßig das vertragsmäßige Aequivalent mit dem Interesse identisch sein, OHG. 17 S. 220; 18 S. 370. Der auch in § 912 h. t. nachgelassene Nachweis, daß die durch die Aufhebung des Vertr. frei gewordene Thätigkeit anderweit ausgenutzt, ist von dem, der solche Nutzung behauptet, als Beweis einer exceptio zu führen. Auch das ist unbedenklich, daß im Falle des § 888 (920) h. t. der Leistende, der durch Verschulden des Arbeitgebers nicht vollständig leisten kann, nur zu beweisen hat, was er geleistet, nicht die Zweckmäßigkeit der Verwendung, wenn auch dem Dingenden eine Einrede in dieser Beziehung zustehn kann. StrA. 26 S. 32, wo A. für B. Reparaturen an einer Wasserleitung übernommen und B. ihn während der Ausführung entlassen hatte, A. für das Geleistete Vergütung nach § 888 forderte und der 2. Richter nur deshalb abwies, weil A. nicht die Zweckmäßigkeit der Verwendung unter Beweis gestellt. Das ObTr. hat vernichtet.

Daß wegen laesio en. die Vertr. üb. Handl. der Aufhebung nicht unterliegen, bestimmt § 876 h. t. ausdrücklich. Vgl. Nr. 200, Bd. 2 S. 125. In StrA. 38 S. 317, wo A. für B. einen Grundstücksverkauf vermittelt und die bedungene Provision forderte, ist deshalb der Einwand, daß, was A. geleistet, nicht die Hälfte werth, verworfen. (Für gem. R. anders StrA. 27 S. 1.) Auch von Gewährleistung kann bei den Vertr. üb. Handlungen, bei denen es sich nicht, wie beim opus, zugleich um das Geben einer Sache handelt, nach § 318 I 5 nicht die Rede sein. Ebenso ist § 947 h. t. streng auf opus zu beschränken, und der Dingende, der die eigene Sache dem Arbeiter zum Bearbeiten oder Verarbeiten gegeben, nicht etwa berechtigt, statt der Sache nach § 91 I 6 deren Werth zu fordern. Vgl. darüber OHG. 16 S. 386, 389, 390; 12 S. 208 unt. Nr. 102, Bd. 1 S. 450. Ob der Arbeiter in Bezug auf die ihm zur Bearbeitung gegebene Sache als Verwahrer, § 9 I 14, anzusehn, ist in StrA. 41 S. 83 dahin gestellt. Vgl. dort.

Ueber die §§ 897, 898 vgl. Nr. 129, Bd. 1 S. 594.

gesetzlichen Grund, vom Vertrage abgegangen ist, die Klage auf Erfüllung überhaupt nicht, sondern nur der Anspruch auf Entschädigung statt. Wenn der App.-Richter, diesen Bestimmungen zuwider, für die Verurtheilung des Verklagten zum Wiederantritt des Dienstes der Klägerin, also zur Erfüllung des Vertrages, auf § 877 I 11 Bezug nimmt, so übersieht er, daß dieses Gesetz, indem es aus Verträgen über Handlungen auch die Klage auf Erfüllung zuläßt, den Fall voraussetzt, daß der andere Kontrahent vom Vertrage noch nicht abgegangen ist, — wogegen für den Fall, wo der Rücktritt bereits stattgefunden hat, die §§ 408, 409 I 5 a. a. O. maßgebend sind. Dieser Fall lag aber hier bereits bei Einleitung der Klage, nach welcher der Verklagte bereits damals den Dienst der Klägerin verlassen hatte und in einen anderen Dienst eingetreten war, mindestens aber schon bei Beantwortung der Klage vor, in welcher der Verklagte durch den Antrag auf Zurückweisung der Klage zugleich seinen entschiedenen Willen, auf dem faktisch erfolgten Rücktritt vom Vertrage zu beharren, an den Tag gelegt hatte. Die auf Erfüllung des Vertrages gerichtete Klage hätte daher schon in erster Instanz zurückgewiesen werden sollen; und weil die Thatsachen, welche diese Zurückweisung gesetzlich rechtfertigen, schon dem ersten Richter vorlagen und von Amtswegen zu berücksichtigen waren, so ist es auch nicht als ein zulässiges Novum anzusehen, wenn erst in der Nichtigkeits-Instanz auf die für einen andern Zweck schon in der App.-Schrift herangezogenen §§ 408, 409 zu dem Zwecke Bezug genommen ist, um die Unstatthaftigkeit der Erfüllungsklage nachzuweisen. Die Beschwerde über unterbliebene Anwendung dieser Gesetze erscheint vielmehr ebenso begründet, als zulässig, und das App.-Urtheil mußte, weil es sie unbeachtet gelassen hat, vernichtet werden.

Für die Hauptsache ergiebt sich hieraus die Entscheidung von selbst dahin, daß die Klägerin mit ihrer auf Wiederantritt des Dienstes gerichteten Klage abgewiesen werden muß, und ihr nur überlassen bleiben kann, den Verklagten auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.

Nr. 219. §§ 925—980. Werkverdingung. loc. cond. operis. Begriff u. Grundsätze.*)

a. Erk. v. 18. Juni 1856; ObTr. 33 S. 328 (StrA. 22 S. 36).
b. Erk. v. 20. März 1862; ObTr. 47 S. 108.
c. Erk. v. 24. April 1860; StrA. 37 S. 187.
d. Erk. v. 29. Okt. 1878; ObTr. 82 S. 204.
e. Erk. v. 19. Juli 1859; ObTr. 41 S. 110 (StrA. 33 S. 341).

Im Falle a. hatte der Kläger, der Bildhauer D., das Modell zu einer Vase mit Reliefs angefertigt und der Erzgiesser W. den Guss und die Ciselirung nach diesem Modell gegen eine für Material u. Arbeit bestimmte Vergütung übernommen. Als Gläubiger des W. die noch nicht fertige Vase bei W. im Wege der Exekution in Beschlag nahmen, klagte D. gegen sie, dass sie nicht berechtigt, die Vase zu verkaufen. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage durchgedrungen. — Im Falle b. hatte der Schiffer A. bei dem Schiffsbaumeister B. schriftlich einen Kahn nebst Zubehör von bestimmter Beschaffenheit für einen bestimmten Preis bestellt und verlangte Uebergabe desselben, als er bis auf Kleinigkeiten fertig war, gegen Erfüllung seinerseits. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. bei B. eine hydraulische Presse bestellt, erhalten, und klagte redhibitorisch, weil sie mangelhaft kon-

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 399, 401, 402; Dernburg 2 §§ 199—201; Förster (Eccius) 2 § 138; 1 § 108 A. 3. — Ueber den Begr. des opus im Gegensatz zu operae

struirt und unbrauchbar. Der 2. Richter wies ab, weil die Mängel zu beseitigen. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle d. hatte A. dem B. einen Nebelbildapparat für einen bestimmten Preis angefertigt, B. nach Abschlagszahlung den Apparat ohne vorherige Besichtigung durch Sachverständige angenommen, nach 1 Monat als unbrauchbar zur Disposition gestellt und dies der Klage auf Zahlung des Restes opponirt, widerklagend Rücknahme gefordert. Der 2. Richter verurtheilte auf die Klage und wies die Widerklage ab, weil nach §§ 943, 945, 947 h. t. dem Bekl. nach Abnahme nur noch Schadensersatz zustehe. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle e. handelte es sich um die Frage, ob der § 972 h. t. nach Aufhebung des im § 971 statuirten Vorrechts im Konkurse durch die Pr. KonkO. v. 8. Mai 1855 fortgefallen. Dies ist verneint.

Gründe: a. Für die Entscheidung erscheint es erheblich, ob Kläger oder W. als Eigenthümer der in Beschlag genommenen Vase zu erachten. Kläger erhebt gegen den von den Gläubigern des W. Behufs ihrer Befriedigung beabsichtigten öffentlichen Verkauf der Vase Widerspruch. Er würde dazu nicht berechtigt sein, wenn dem W. daran das Eigenthum, ihm nur aus dem Kontrakte persönliche Rechte gegen W. auf deren Vollendung und Ablieferung zuständen.

Verklagte wollen den Vertrag zwischen dem Kläger und W. als einen Vertrag über ein verdungenes ganzes Werk, den Kläger als Unternehmer, den W. als Werkmeister beurtheilt wissen. Aus den Vorschriften für Kontrakte dieser Art, § 925 ff. I 11, leiten sie ein Eigenthum des W. an der streitigen Vase her, da diese zwar gegossen, aber noch nicht in der Arbeit vollendet und dem Kläger abgeliefert ist.

Für diese Ansicht scheinen auch bei dem ersten Anblick einzelne Bestimmungen des Vertrages zu sprechen. W. hat es übernommen, die Vase zu gießen, sie kunstgerecht zu ciseliren und die Bronze dazu zu liefern. Für Material und Arbeiten ist ihm eine Vergütung in Pausch und Bogen festgesetzt. Sie sollte theils während der Arbeiten, theils bei Ablieferung der Vase, wenn Guß und Ciselirung gut befunden würden, bezahlt werden. Nach der Art und dem Umfange der Arbeiten ist als die beiderseitige Absicht vorauszusetzen, daß W. sich dabei fremder Gehülfen und Arbeiter bedienen dürfe, obschon dies im Kontrakt nicht ausdrücklich vorbedungen ist. Alle diese Umstände sind indeß für die rechtliche Natur des Geschäfts nicht entscheidend. Es ist vielmehr näher darauf einzugehen, worin das Werk bestand, welches gefertigt werden sollte, und welche Leistungen des W. der Kontrakt zum Gegenstande hatte.

---

und über die Grenzlinie zwischen Vertrag über opus und Kauf und Lieferungsvertrag vgl. im Allgemeinen Erk. b. Nr. 92, Bd. 1 S. 384 (396), Nr. 194, Bd. 2 S. 45 Erk. e., und S. 58, 62, S. 52, 54, auch Erk. d. Nr. 195, Bd. 2 S. 63. Ueber den Stempel bei Werkverdingungs- u. Lieferungsvertr. vgl. jetzt Ges. v. 6. Juni 1884 (GS. S. 279). Der Unterschied zwischen Werkverdingung und Kauf und Lieferungsvertrag ist danach ohne wesentliche Schwierigkeiten zu finden. Viel schwieriger ist vielfach die Grenzlinie zwischen operae u. opus. Entscheidend ist auch dafür, daß der Inhalt der Werkverdingung nach § 925 h. t. die Herstellung, Anfertigung eines Werks in P. u. B., d. h. eines Ganzen, eines Produkts aus Arbeit und Material gegen Vergütung, — während bei dem Vertr. über operae die Leistung der Arbeit, die Handlung, nicht das Produkt, Inhalt des Vertr. ist, wenn auch mit der Arbeit als Erfolg, Ergebniß derselben ein gewisses Produkt von selbst, der Natur der Sache nach, verbunden ist oder ein solches Produkt als Ergebniß, Erfolg gedacht oder vorausgesetzt wird, §§ 906—908. Keins von beiden, sondern Miethe ist Inhalt des Vertr., wenn die Herstellung eines Gebäudes zur Benutzung in bestimmter Zeit und demnächstiger Rückgabe gegen Entschädigung für die Benutzung bedungen. Wesentlich ist danach und nach §§ 926 ff. nicht, daß der Uebernehmer Material giebt oder die Arbeiter stellt, wenn nur das Werk selbst durch seine Thätigkeit, Plangebung und Leitung als von ihm geschaffen erscheint, OHG. 11 S. 155. Wesentlich ist nur der Gegensatz zwischen dem Dingen zu einer Arbeit und dem Dingen zur Herstellung eines einheitlichen Ganzen, RG. 11 S. 263. Kein entscheidendes Gewicht kann daneben darauf gelegt werden, wie die Vergütung für dies Ganze bestimmt, ob in einer Summe, oder nach Tagewerken, oder nach den Preisen des verbrauchten Materials und der Arbeit, RG. 10 S. 204; OHG. 15 S. 257, 259. Dies kann konkret für die Erkenntniß der Intention der Parteien erheblich sein, wie denn überhaupt die konkreten

Das zu schaffende Werk bestand in der Vase aus Erz. Es war für sie eine eigenthümliche äußere Gestalt mit den Reliefs auf dem Standbilde König Friedrich Wilhelm des Dritten im Thiergarten bestimmt. Um sie in Erz hervorzubringen, war ihre vorgängige plastische Darstellung in einem Modelle aus einem geeigneten bildsamen Stoffe erforderlich, nach welchem die Form zum Gusse und die Ciselirung gearbeitet werden mußte. Inhaltlich des Kontrakts hatte Kläger das Modell zu liefern, Verklagter nach demselben den Guß und die Ciselirung vorzunehmen. Solchergestalt haben Beide, Kläger und W., durch ihre Thätigkeit zu dem Werke, der Vase, mitgewirkt. Die Arbeit des Klägers dazu war eine für das Werk nothwendige und wesentliche, weil in dem Modell die ganze äußere Form und Gestalt der Vase ausgedrückt war, und in ihr mit den darauf angebrachten Reliefs die artistische Eigenthümlichkeit des Werks hauptsächlich beruht. Es können deshalb die Arbeiten Beider, die sich einander anschließen und ergänzen, und aus deren Verbindung mit einander das Werk hervorgehen sollte, nicht als zwei verschiedene getrennte Werke, Guß und Ciselirung nicht als ein besonderes, selbstständig für sich bestehendes Werk betrachtet werden. *Bilden sie aber ein Gesammtwerk, so folgt weiter, daß dem W. nicht ein ganzes Werk, sondern eine bestimmte Arbeit zu einem ganzen Werke in Verdung gegeben*, daß ferner in Beziehung auf letzteres sein Verhältniß nicht als das eines Werkmeisters im Sinne der §§ 925 ff. aufzufassen ist.

Dies Ergebniß führt zu der Frage, wer von Beiden, W. oder Kläger, nach dem Inhalt und den Umständen des vorliegenden Vertrages als der eigentliche Erzeuger des Werks anzusehen ist, wenn dazu Beide durch ihre Thätigkeit mitwirkten. Als solcher muß, worüber nicht füglich ein Bedenken obwalten kann, Kläger gelten. Denn er ist nicht blos Urheber des Modells zur Vase, sondern auch der Reliefs des Denkmals, welche er auf der Vase wiedergab. Er hat den W. gegen eine Geldvergütung zu bestimmten Arbeiten für sein Werk, zur Darstellung des Modells in Erz, gedungen. Zu diesen Arbeiten hatte er ihm in dem Modelle eine ganz spezielle Vorschrift gegeben, von der W. nicht abweichen durfte. *Kläger war mithin der Besteller von, der Art und dem Umfange nach, genau vorgezeichneten Arbeiten, W. das Werkzeug, dessen Thätigkeit und Geschicklichkeit er sich bedient hat, um den in der Nachbildung des Modells in Erz bestehenden Theil der zum Kunstwerke überhaupt erforderlichen Arbeiten auszuführen. Es kann zugegeben werden, daß die fraglichen Arbeiten mehr zu den künstlerischen, als zu den gewöhnlichen gehören. Darauf kommt es*

Umstände für den Unterschied von operae u. opus vielfach bestimmend sein werden. Ein sehr prägnantes Beispiel dafür giebt das auch sonst interessante und wichtige Erk. a. Vgl. auch OHG. 15 S. 257 (Uebernahme der Pflasterung, Regulirung, Kanalisirung einer Straße als opus, Schaffung der Straßenanlage als Ganzes). Streitig ist namentlich, ob der Begr. des opus ein *neues* Produkt aus Kombination von Arbeit und Material erfordert, ob nur operae oder auch opus möglich bei dem Vertr. über Verarbeitung oder Bearbeitung von Sachen, durch welche keine neue Sache hergestellt, sondern die vorhandene durch Arbeit nur verbessert, verschönt, verändert, anders gestaltet wird, wie z. B. bei der Uebergabe von Wollen zum Verspinnen, Färben, bei Uebertragung von Arbeiten mit bestimmtem, in die Erscheinung tretenden Ergebniß für ein anderes Werk, welches ohne dieses Arbeitsergebniß kein fertiges, wie z. B. die Herstellung eines Dachstuhls, eines eisernen Daches. In OHG. 12 S. 208 ist die Entscheidung dahin gestellt, in OHG. 16 S. 386, 389 die Möglichkeit des opus auch bei Bearbeitung unterstellt, in dem unt. Nr. 122, Bd. 1 S. 551, 552 erwähnten Falle OHG. 11 S. 155 opus bei einem Vertr. über Umänderung von Kalköfen nach einem anderen System angenommen, in RG. 10 S. 204 die Entscheidung von der konkreten thatsächlichen Sachlage abhängig gemacht, *die Möglichkeit* des opus auch bei Bearbeitung einer Sache (z. B. Reparatur eines Kessels) statuirt, wenn nur Inhalt der Abrede nicht die Arbeit als solche, sondern die aus der Arbeit hervorgehende Sache in Verbindung mit der ihr zukommenden Bestimmung und Erreichung ihres Zwecks. Dies kann z. B. bei dem Umbau eines Gebäudes wie in dem Falle OHG. 11 S. 155 sehr wohl zutreffen. Vgl. dagegen andererseits OHG. 8 S. 209 unt. Nr. 195, Bd. 2 S. 66, 67 wo der Char. der Werkverdingung dem Vertrage über Anfertigung u. Lieferung der zur Einrichtung eines neuen Hauses erforderlichen Möbel und Dekorationen abgesprochen ist, weil das *einheitliche Ganze* fehlte.

ndeß nicht an, indem auch Verträge mit Künstlern nicht unbedingt nach den Vorschriften über ein ganzes Werk — § 925 ff. — sondern nach Beschaffenheit der von ihnen zu leistenden Handlungen nach den Vorschriften § 920 ff. zu beurtheilen sind.

Diesen Verhältnissen gemäß, würde die streitige Frage über das Eigenthum an der Vase zu Gunsten des Klägers, als des Bestellers einzelner Arbeiten, nicht des ganzen Werks, zu entscheiden sein, wenn nicht noch in Betracht käme, daß W. die Bronce zum Guß der Vase hergegeben hat. Er hatte sie nach dem Kontrakte für eigene Rechnung anzuschaffen und erhielt für dieselbe und seine Arbeiten durch das vereinbarte Pausch-Quantum Vergütung. Die von W. gedungenen Arbeiten bestanden somit in einer Verarbeitung eigenen Materials. Die Verarbeitung ist noch nicht vollendet, aber doch so weit vorgeschritten, daß der Rohstoff bereits durch den Guß in eine andere Sache von verschiedener Art und Gestaltung — die gegossene Vase — umgewandelt ist. Die Gesetze enthalten keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, ob bei Verträgen, welche die Verarbeitung eines Rohstoffes zum Gegenstand haben, der Eigenthümer des Rohstoffes Eigenthümer der aus demselben hervorgegangenen neuen Sache bis zu deren Vollendung und Ablieferung an den Besteller der Arbeit bleibt. Da das Rechtsverhältniß auf Verträgen beruht, die in der mannigfaltigsten Art und von verschiedener rechtlicher Bedeutung vorkommen können, so läßt sich dafür auch nach allgemeinen Grundsätzen keine unbedingt für alle Fälle geltende Regel aufstellen. Es kommt vielmehr in jedem konkreten Fall auf die Eigenthümlichkeit und das Wesen des vorliegenden speziellen Vertrages an. In dem jetzigen erscheint ein Schluß von dem Eigenthum an dem Material auf das Eigenthum an der daraus verarbeiteten Vase nicht gerechtfertigt. Es handelt sich hier um die Hervorbringung eines Original-Kunstwerks für den Künstler, zu dem W. durch seine Arbeiten Hülfe leisten sollte. Der Vertrag geht nun weiter und bestimmt, daß er außer seinen Arbeiten auch eigene Rohstoffe zu dem Werke verwende. Durch die verabredeten Verwendungen aus seinem Eigenthum in das Werk wird der Charakter des Geschäfts nicht nothwendig verändert. Im Verhältniß zu dem Original-Kunstwerke erscheint der aus unedlem Metall bestehende Stoff nur als die Nebensache, die mit ersterem, als der Hauptsache, in Verbindung gebracht wurde. Es begründet keinen wesentlichen Unterschied, daß Kläger dem W. nicht den Auftrag ertheilt hat, den Rohstoff für ihn in seinem Namen und auf seine Rechnung anzukaufen, in welchem Falle W. denselben für den Kläger er-

---

Die Rechtsprechung des ObTr. läßt ein bestimmtes Prinzip in dieser Richtung nicht erkennen. In StrA. 12 S. 63 ist ohne nähere Begründung angenommen, daß die Arbeit des gewöhnlichen Handwerkers auch aus selbst geliefertem Material, z. B. die Herstellung von Kleidungsstücken durch den Schneider, unter den Begr. des opus nicht falle, — ein Satz, der in dieser Allgemeinheit gewiß nicht richtig. Zwei einander ähnliche Fälle werden in StrA. 20 S. 240 u. 26 S. 37 behandelt. In beiden handelte es sich um Herstellung von Bohrlöchern. Im ersten Falle war die Bohrung bis zu bestimmter Tiefe, aber nicht über 80 Lachter gegen Bezahlung lachterweise, zur Anbohrung eines Steinkohlenflötzes, übernommen, die Arbeit bei 75 Lachtern aufgegeben, von dem Bergwerksbesitzer auf Weiterführung bis zu 80 Lachtern geklagt. Das ObTr. wies ab, weil kein opus, sondern Vertrag über operae in medio, § 408 I 5 anwendbar, da die bedungene Vergütung für das Ganze fehle, es sich auch nicht um ein neues Produkt aus Arbeit und Material, nur um gedungene Arbeiten handle. Im zweiten Falle hatte Kläger ebenfalls das Stoßen von 2 Bohrlöchern bis zur Tiefe von 50 Lachtern gegen bestimmte Gedingesätze je nach der Tiefe übernommen; die Arbeit sollte an den angewiesenen Orten erfolgen, aber eingestellt werden, falls Beklagter es verlange; bei Verunglückung des Bohrlochs war Kläger verpflichtet, an anderer Stelle zu stoßen. Beide Bohrlöcher kamen nicht bis zur Tiefe von 50 Lachtern, weil sich die Arbeit schon früher als erfolglos oder unmöglich erwies. Als auf Bezahlung für die geleistete Arbeit geklagt wurde, wurde diese abgelehnt, weil die Arbeit nicht bis 50 Lachter geführt. Auch hier hat das ObTr. operae, nicht opus angenommen, zur Bezahlung des Geleisteten verurtheilt. In beiden Fällen war dies konkret gerechtfertigt, weil in der That nicht die Herstellung eines Bohrlochs, sondern Arbeiten zu solchem ohne Rücksicht darauf, ob sie zu einem brauchbaren Bohrloch führten, Inhalt des Vertrages; ohne Grund ist besonderes Gewicht auf die Art der Abrede über die Vergütung gelegt, obwohl aus dieser

worden haben würde, sondern nach der Verabredung W. den Rohstoff zu liefern und sofort für den Kläger zu verarbeiten hatte. Erheblicher würde der Unterschied sein, wenn der Vertrag nicht auf Lieferung des Rohstoffes, sondern auf Lieferung einer fertigen Vase gegangen und mithin anzunehmen wäre, daß W. die Vase zwar auf Bestellung, aber im eigenen Interesse und Nutzen gefertigt habe, um durch deren Ueberlassung an Kläger seine dazu verwendeten Materialien und Arbeiten vortheilhafter zu verwerthen. In dieser Art kann aber der Sinn des Vertrages und die Absicht der Kontrahenten nicht aufgefaßt werden. Hiergegen spricht auch der Umstand, daß sich Kläger nach dem Fortschritte der Arbeiten zu bedeutenden Abschlagszahlungen auf die bedungene Vergütung verstanden und sie wirklich geleistet hat, worin sonst ein ganz ungewöhnlicher Vortheil liegen würde.

Das Eigenthum des Klägers an der Vase folgt speziell aus den Bestimmungen des Ges. v. 11. Juni 1837*) zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung. In Gemäßheit desselben steht dem Urheber ein artistisches Eigenthum an Kunstwerken der Sculptur zu, mit der Wirkung, daß jede Vervielfältigung derselben durch Dritte auf mechanischem Wege ohne seine oder seiner Rechtsnachfolger Genehmigung untersagt und mit Strafe bedroht ist, § 22. Die jetzt streitige Vase ist das Original-Kunstwerk; der Guß derselben vom Verklagten nicht ohne Genehmigung des Klägers, sogar vermöge einer gegen ihn eingegangenen kontraktlichen Verpflichtung vorgenommen. Von einer Verletzung der ausschließlichen artistischen Eigenthumsrechte des Klägers durch eine rechtswidrige Vervielfältigung des Werks kann daher nicht die Rede sein. Allein wenn unbefugte Vervielfältigungen kein erlaubtes Eigenthum des Nachbilders ausmachen, solche Exemplare vielmehr ihm entrissen, konfiszirt und vernichtet werden sollen, §§ 30, 10, 12, so durfte W. auch nicht ohne Erlaubniß des Klägers das Werk nach dem Modelle für sich bilden, noch kann es seinen Gläubigern gestattet sein, dasselbe zum Gegenstande ihrer Befriedigung zu machen und zu diesem Behufe zum öffentlichen Verkaufe zu bringen. Kläger hat aber das Eigenthum an dem Werke nicht aufgegeben, dem W. keine Befugniß gegeben, dasselbe *für sich* zu fertigen, vielmehr den Abguß bestellt, um selbst Besitz und Eigenthum daran zu erlangen. Es gereicht daher offenbar zur Kränkung seiner ausschließlichen Rechte, wenn W., blos weil er

---

*) Jetzt Ges. v. 9. Jan. 1876 (RGBl. S. 4).

---

allerdings auf die Natur des Vertrages geschlossen werden konnte. In StrA. 63 S. 307 hatte A. dem Zimmermstr. B. die Ausführung der für das auf seinem Grundstück herzustellende Gebäude erforderlichen Zimmerarbeiten übertragen und sich verpflichtet, die von B. nach einem Preiskourant zu berechnenden Preise in bestimmten Raten zu zahlen. Nachdem die Arbeiten vor der Vollendung eingestellt, verlangte A. von B. Rechnung über die geleisteten Arbeiten und die erhaltenen Zahlungen. Das ObTr. hat (ohne zu begründen, woraus die Verpflichtung zur Rechnungslegung abgeleitet) verurtheilt, weil kein opus, sondern operae übertragen, *da nicht für ein Ganzes eine Gesammtvergütung bedungen*, Bekl. sich deshalb auf § 941 h. t. nicht berufen könne.

Jedenfalls ist der § 947 h. t. mit seinem beschränkten Recht auf das Aufgeben des fehlerhaften opus und Ueberlassen desselben an den Werkmeister auf solche Fälle der Verdingung zum Ver- oder Bearbeiten ebenso unanwendbar wie der § 91 I 6. Vgl. OHG. 16 S. 42, 386; 12 S. 208 unt. Nr. 102, Bd. 1 S. 446, 450. Eine andere Frage kann dahin aufgeworfen werden, ob im Sinne des ALR. das opus stets die Herstellung *einer Sache* voraussetzt, oder ob die Herstellung irgend eines anderen Ergebnisses, das als Produkt der Arbeit erscheint, genügt. Für ersteres scheinen die §§ 926 ff. zu sprechen, sofern sie Verbindung mit Material und Arbeit unterstellen. Von diesem Gesichtspunkte aus würde *der Frachtvertrag* nicht Vertr. über opus sein. Für den nach Handelsrecht zu beurtheilenden Frachtvertrag giebt das HGB. die Vorschriften. Vgl. Art. 394, 632, 642; OHG. 4 S. 172, 178; 20 S. 340. In StrA. 66 S. 246 wird der Frachtvertr. nach gem. R. als Vertr. über opus behandelt, in StrA. 71 S. 67 die Anwendbarkeit des Art. 394 HGB. auf den Fall der Unmöglichkeit der Transportausführung durch den Untergang des Transportmittels verneint und deshalb der Anspruch auf Distancefracht versagt. Entscheidend ist dabei die Frage,

Materialien und Arbeiten dazu geliefert hat, das Eigenthum der Vase in Anspruch nehmen will, oder seine Gläubiger es zum Zweck des öffentlichen Verkaufs in Beschlag nehmen.

Der Gegengrund der Verklagten, daß das streitige Exemplar ein rechtmäßig gefertigtes sei, und das Gesetz solche mit Erlaubniß des artistischen Eigenthümers gearbeitete Exemplare nicht dem Verkehr entziehn, trifft nicht zu. Denn es handelt sich nicht darum, ob W. durch seine Arbeiten gegen das Gesetz gefehlt hat, sondern ob er oder Kläger Eigenthümer des in Beschlag genommenen unvollendeten Werkes geworden ist. Unerheblich ist ferner der Einwand, daß dem Kläger ein artistisches Eigenthum mit ausschließlichen Rechten in Betreff der Vase nicht mehr zustehe, theils weil die auf letzterer angebrachten Reliefs bereits an dem Denkmale des Königs veröffentlicht wären, theils weil er schon andere Exemplare der Vase verkauft, und sich seine Rechte nicht in der § 27 des Ges. vorgeschriebenen Art durch Vorbehalt bei dem Verkauf und Anzeige bei dem Curatorium der Künste erhalten und gesichert habe. Auf diese Umstände kommt es für den vorliegenden Fall nicht an, da W. die streitige Vase weder nach dem Denkmal des Königs noch nach einem verkauften Exemplar, sondern auf Verdingung des Klägers nach dessen Modell gefertigt hat, und der Streit das Eigenthum an dem nach letzteren hergestellten Original-Kunstwerk selbst betrifft. Daß Kläger die von ihm auf dem Standbilde des Königs dargestellten Reliefs wiederum zu einem neuen Kunstwerke anderer Art benutzt hat, schließt nach § 29 des Ges. die Anwendung desselben nicht aus. Endlich läßt sich aus der Bestimmung des Vertrags, daß W. die Vase nach beendeter Eiselirung abzuliefern habe, nichts für sein Eigenthum daran bis zur erfolgten Ablieferung herleiten. Von der kontraktlichen tüchtigen und kunstgerechten Ausführung der Arbeiten hing die Zahlung des letzten Theils der Vergütung ab. Die Bestimmung ist daher auf die nothwendige Prüfung der Arbeiten durch den Kläger nach ihrer Vollendung zu beziehen, nicht als eine Hinweisung darauf zu deuten, daß erst durch Ablieferung das Eigenthum der Vase von W. auf Kläger habe übergehen sollen.

Gründe: b. Der Kläger hat in seinem Klageantrage die Uebergabe eines bestimmten, für ihn bis auf das Steuerruder und einen kleinen Segelkasten fertig gebauten Kahnes verlangt und dabei im Voraus bemerkt, daß er mit der Ausführung des Baues zufrieden sei. Dieser Antrag ist auf den zwischen dem Kläger und dem Verklagten geschlossenen Vertrag gestützt und unzweifelhaft als ein Anspruch auf

---

ob der Frachtvertr. ein untheilbares opus in dem Sinne, daß ein Zufall, der die Vollendung hindert, den Anspr. auf Vergütung der Theilleistung ausschließt. In OHG. 4 S. 272 wird die Frage sowohl für gem. wie für preuß. R. verneint, §§ 883—889 h. t. Auch außerhalb des handelsrechtl. Frachtvertr. können Vertr. über Beförderung von Sachen, Bewegung von Massen vorkommen, für welche es sich fragen kann, ob sie als Vertr. über operae oder opus anzusehn. Der engere Begr. des opus, von dem die §§ 925 ff. ausgehn, steht nicht absolut entgegen, auch bei solchem Vertr. opus anzunehmen, wenn das gewollte Ergebniß nicht als das Resultat bloßer Hand- oder Tagearbeit im Sinne der §§ 906 ff. h. t. anzusehn. Davon geht OHG. 23 S. 320 aus, indem es dem Vertr. über das Schleppen eines Schiffs als cond. operis da gelten läßt, wo konkret nicht das Schleppschiff gemiethet, sondern der Transport in Verding gegeben. (Frachtvertrag liegt nicht vor, weil kein Gut transportirt wird, StrA. 57 S. 121.)

Schließlich fragt sich, ob die §§ 925 ff. nothwendig voraussetzen, daß der Uebernehmer des Werks ein Werkmeister, Künstler, Sachverständiger. Die Bestimmungen gehen offenbar davon aus, daß der Uebernehmer ein Sachverständiger. Man will deshalb den s. g. Entrepriseveertrag nicht unter die §§ 925 ff. stellen. So ist z. B. in StrA. 82 S. 248, wo ein Kaufmann für einen Kreis einen Bau übernommen, ebenso wie in dem Präj. 35 (ohne Gründe) angenommen, daß die §§ 925—965, 966, 967 außer Anwendung bleiben, wenn der Uebernehmer kein Bau- oder Werkverständiger. In demselben Erk. ist aber doch wieder ausgeführt, daß für § 969 diese Eigensch. des Uebernehmers nicht in Betracht kommt, die §§ 343, 345 I 5 beim Bau unanwendbar. Konsequent würde die Ausscheidung des Entrepriseveertrags, über dessen Begr. übrigens keineswegs Einigkeit herrscht, aus dem Vertr. über opus dahin führen, ihn den allgem. Grundsätzen über lästige Vertr. zu unterwerfen, aber nicht

Kontraktserfüllung aufzufassen. Es fragt sich, ob die Erfüllung des geschlossenen Vertrages durch Uebergabe des individuell bestimmten Kahnes gefordert werden kann. Die Richter beider Instanzen haben diese Frage verneint, sie sind der Ansicht, daß an sich der Kläger nach Lage des Vertrages noch kein Recht auf einen bestimmten Kahn erworben, daß ihm vielmehr aus dem Vertrage nur ein persönlicher Anspruch zustehe, innerhalb der kontraktlich festgesetzten Zeit überhaupt ein Schiffsgefäß von der bedungenen Größe und Beschaffenheit und zu dem verabredeten Preise herzustellen. Die Richter beider Instanzen sind aber auch weiter darin einverstanden, daß der Anspruch auf einen individuell bestimmten Kahn dann statthaft sei, wenn der Kläger das Material zu dem erbauten Kahne geliefert; nur in den Resultaten des von dem Kläger zu erbringenden Beweises der Lieferung des Materials sind sie verschiedener Ansicht. Der rechtlichen Deduktion der Vorderrichter ist nicht beizupflichten.

Der Verklagte hat sich Inhalts des Schriftstückes verpflichtet, dem Kläger bis zum 1. August 1859 ein Schiffsgefäß nebst Zubehör, zu dem Preise und in der Größe und Beschaffenheit, wie das des Schiffers L., fertig zu bauen und zu Wasser zu bringen. Der hiernach geschlossene Vertrag stellt sich als ein nach den §§ 925 ff. I 11 ALR. zu beurtheilender Vertrag über ein verdungenes Werk dar. Nun ist den Richtern der Vor-Instanzen zwar zuzugeben, daß die durch einen solchen Vertrag erzeugte Obligation, wenn nichts weiter vorliegt, wenn namentlich das verdungene Werk noch nicht angefangen und überhaupt nicht fertig gestellt ist, nur einen persönlichen Anspruch, ein Werk in der bedungenen Qualität herzustellen, zu begründen geeignet ist. Anders stellt sich dagegen die Sache, wenn das bedungene Werk von dem Werkmeister fertig gestellt und als ein individuell bestimmtes Werk in die Erscheinung getreten ist; in einem solchen Falle erlangt die Vertrags-Obligation in diesem Werke ihren konkreten Inhalt und ihre Verwirklichung, und es ist nach dieser Natur der Sache nicht abzusehen, warum nun der Besteller nicht die Vertrags-Erfüllung durch Uebergabe des individuell bestimmten Werkes sollte fordern können, ohne Rücksicht darauf, ob er zu dessen Herstellung Material geliefert hat oder nicht.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch das positive Gesetz und zwar die Bestimmung des § 939 I 11, nach welcher der Besteller, wenn die Uebernehmung des fertigen Werkes von ihm ohne rechtlichen Grund verzögert wird, alle Gefahr tragen muß; ferner die Bestimmung des § 975 l. c., nach welcher der Besteller das in der Masse vorhandene vollendete Werk gegen Erlegung des noch schuldigen Preises

---

etwa den §§ 40 ff. I 5, die andere Voraussetzungen haben. Wird aber erwogen, daß der Inhalt des Entreprisevertr. die Herstellung des opus und anzunehmen, daß der übernehmende Nichtsachverständige nicht blos für die Herstellung durch Sachverständige, sondern auch für diese einstehn will und einzustehn hat, so kommt der Entreprisevertr. inhaltlich auf den Vertr. über opus hinaus und es steht nichts entgegen, ihn nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen. Dabei kann aber, was zu beachten, der Vertragsinhalt auch dahin gehn, daß der Entrepreneur nur für culpa in elig. haften soll; in solchem Falle werden die §§ 925 ff. allerdings außer Anwendung bleiben müssen.

Für die rechtl. Behandlung der Vertr. über opus entscheidet zunächst ihre Natur als lästige Verträge; nach §§ 925, 869 unterstehn sie den allgem. Grundsätzen über solche, namentlich bezüglich der Form. Daß sie als Vertr. üb. Handl. den §§ 165—168 I 5 unterliegen, darüber vgl. ObTr. 31 S. 374 (StrA. 18 S. 329), Erk. b. Nr. 92, Bd. 1 S. 384. Daß dagegen die Anwendung des Grundsatzes des § 408 I 5 mit den Vorschriften in §§ 925 ff. h. t. unvereinbar, darüber vgl. ObTr. 19 S. 151 Erk. b. Nr. 122, Bd. 1 S. 549 und ebenso OHG. 5 S. 168; 11 S. 158, 159; 13 S. 221; 20 S. 340, 342, 343. Grundsatz ist danach, daß gemäß I 5 § 394; 11 §§ 877, 904 die Klage auf Erfüllung aus dem formgültigen Vertr. sowohl statthaft wie geboten. Dies gilt für beide Theile als Regel. Deshalb ist in dem eben erwähnten Falle OHG. 11 S. 155 die Klage des Uebernehmers der Umänderung der Kalköfen nach einem neuen System auf Uebergabe der Oefen behufs Vornahme der Umänderung zugelassen. Daraus folgt auch, daß der Besteller auf Herstellung und auf Uebergabe des hergestellten opus die Klage hat, Erk. b.

Auch die sonstigen Rechte und Pflichten beider Theile richten sich im Allgem. nach den

fordern kann, wenn vor der Ablieferung des Werkes Konkurs über das Vermögen des Werkmeisters entsteht, während in dem Falle, wo vor der Uebergabe Konkurs über das Vermögen des Bestellers entsteht, der Werkmeister sich nach § 974 l. c. wegen seiner Arbeit und Auslagen des Zurückbehaltungsrechtes auf das noch in seiner Gewahrsam befindliche Werk bedienen kann.

Alle diese speziellen Vorschriften weisen mit Nothwendigkeit darauf hin, daß im Falle der Fertigstellung des Werkes die Vertrags-Obligation eine konkrete Verwirklichung und nothwendige Beziehung auf das individuell bestimmte Werk erhält, so daß sich das Vorhandensein eines Rechtes zur Sache im Sinne des § 124 I 2 ALR. wohl annehmen läßt, und daß es demnach auch zulässig ist, ihre Erfüllung durch Uebergabe dieses Werkes zu fordern. In der That würde es sich auch nicht rechtfertigen lassen, den Besteller und den Werkmeister, auf der Grundlage eines gemeinsamen durch die Vertrags-Obligation begründeten Rechtsverhältnisses, verschieden zu beurtheilen. Dahin aber würde man gelangen, wenn die rechtliche Ausführung der Vorderrichter richtig wäre. Denn es kann nicht bezweifelt werden, daß dem Werkmeister das Recht zusteht, von dem Besteller die Erfüllung des Vertrages durch Annahme des fertigen und fehlerfreien Werkes zu erzwingen, während dies Recht dem Besteller gegen den Werkmeister nach der Ansicht der Vorrichter nicht zustehen soll.

Der Verklagte hat nicht bestritten, daß der in dem Klageantrage spezialisirte Kahn für den Kläger bis auf das Steuerruder und einen kleinen Segelkasten fertig und zur Zufriedenheit des Klägers hergestellt worden ist; ja er hat ausdrücklich erklärt, daß das gebaute Fahrzeug mit Bewilligung des Klägers so, wie geschehen, gebaut worden, und dort nur eingewendet, daß es nach den von dem Kläger während des Baues verlangten Abänderungen ein anderes Werk geworden sei, als ursprünglich verdungen. Dies würde indeß an sich dem Klageantrage, wie er gestellt worden, nicht entgegen stehen, vielmehr möglicher Weise nur bezüglich des Preises in Frage kommen können, in welcher Beziehung der Verklagte aber eine bestimmt bemessene Geldforderung nicht einmal behauptet und aufgestellt hat.

Der Kläger ist demnach für berechtigt zu erachten, die Uebergabe des für ihn zu seiner Zufriedenheit fertig gebauten Kahnes zu verlangen, ohne daß es auf den Beweis darüber ankommt, ob derselbe mit theilweis von ihm geliefertem und bezahltem Material gebaut worden.

Gründe: c. Anlangend die Rüge der Verletzung der §§ 318—320, 326—329 I 5 ALR. und des Rechtsgrundsatzes, daß der Empfänger bei nachgewiesener Un-

---

Grundsätzen I 5 und den §§ 869—893 h. t. Einzelne Modifikationen enthalten die §§ 925 bis 965 und für den Spezialfall des verdungenen Baus die §§ 966 ff. h. t.

Voll und ganz gilt auch für opus namentlich der Grundsatz der §§ 270, 271 I 5 in der Gestaltung, wie sie unter Nr. 99, Bd. 1 S. 424 näher dargelegt. Auch bei opus ist also, wenn die Erfüllung in der Hauptsache erfolgt und nur Mängel geltend gemacht werden, die Gegenleistung nicht durch einfache Berufung auf solche Mängel abzulehnen, sondern der Anspruch aus den Mängeln auf Ersatz des Minderwerths, redhib., compens., unter Umständen Retention des entsprechenden Theils oder Erfüllung Zug um Zug geltend zu machen. So StrA. 6 S. 140; Bd. 1 S. 429; OHG. 11 S. 388; 13 S. 352; Bd. 1 S. 432 und ebenso in gleichen Fällen StrA. 12 S. 334; 36 S. 312.

Ganz unbedenklich ist nach §§ 869, 925, 947, 951 ff. h. t., daß auch die allgem. Grundsätze über Gewährleistung gemäß § 318 I 5 anzuwenden, sofern der Vertr. auf das Geben einer Sache gerichtet, daß der Werkmeister für die vorbedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haftet, dem Besteller die act. u. exc. qu. min. und die redhib., bei Verschulden Schadensersatz, § 320 I 5; OHG. 6 S. 29, zusteht, und daß dieser Anspruch auch der Verjährung nach § 343 I 5 unterliegt, OHG. 6 S. 29, 30; 23 S. 87 (Unanwendbarkeit des Art. 347 HGB. Vgl. unt. Nr. 194, Bd. 2 S. 54); StrA. 59 S. 159; Erk. c. Nr. 116, Bd. 1 S. 515 und die Erk. c. u. d. Beschränkt ist der Anspruch nur in §§ 951—953 h. t., insoweit es sich um unwesentliche Fehler handelt, und bei Bauten in §§ 968, 969 die Dauer des Anspruchs besonders regulirt. Auf Bauten findet danach § 343 I 5 nicht Anwendung, was in StrA. 82 S. 248, dessen noch weiter unten zu erwähnen, nicht ohne guten Grund darauf zurückgeführt wird, daß bei Uebernahme der Herstellung eines Baus auf dem Grund u. Boden des Bestellers, welcher Fall regelmäßig zu unterstellen, der

brauchbarkeit der Sache berechtigt ist, von dem Kontrakt abzugehen und die fehlerhafte Sache im empfangenen Zustande zurückzugeben, so erscheint dieselbe begründet. Das bedungene Werk ist fertig und vollendet dem Kläger übergeben und von ihm angenommen worden, in ihrem jetzigen Zustande aber nach dem Gutachten der Sachverständigen unbrauchbar. Dies, sowie daß sich der von dem Kläger wegen Untüchtigkeit des Werks geltend gemachte Rücktritt von dem Vertrage nicht durch § 947 I 11 ALR. rechtfertigen lasse, ist nicht angegriffen. Ebenso ist von ihr die Auffassung der derzeitigen Unbrauchbarkeit als einer vorbedungenen resp. gewöhnlich vorausgesetzten, nicht in die Augen fallenden Eigenschaft nicht in Angriff genommen. Es ist auch als richtig anzuerkennen, und an sich nicht in Abrede gestellt, daß, falls sich bei dem Werke hinterher nach seiner Uebergabe und Annahme ein Mangel vorbedungener oder gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaft ergiebt, auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 319 ff. I 5 über die Gewährleistung zu rekurriren ist. Wenn aber der App.-Richter nach Feststellung der Möglichkeit der Herstellung der angenommenen Presse in einen brauchbaren Zustand ohne nähere Untersuchung und Feststellung der Frage, wie diese Herstellung geschehen soll, auf Grund der §§ 325, 326, 331 I 5 zur Abweisung der erhobenen, redhibitorischen Klage in der angebrachten Art und zur Zeit gelangt, so erscheint dies nicht gerechtfertigt. Allerdings ist im § 325 a. a. O. der Satz an die Spitze gestellt, daß, wenn der Sache ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften fehlen, der Empfänger berechtigt ist, auf die Gewährung derselben anzutragen, und es ist sodann im § 326 gesagt, daß, wenn der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren kann, der Uebernehmer unter der Voraussetzung des § 327 vom Kontrakte wieder abzugehen, oder aber unter Voraussetzung des § 328 Vergütigung wegen des Minderwerthes fordern kann, während das Gleiche nach § 331 auch in dem Falle Rechtens ist, wenn es sich um einen nicht in die Augen fallenden Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft handelt. Das in diesen Vorschriften dargestellte System ist danach dieses, daß der Empfänger die Kontraktsklage und dann, wenn der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren kann, die redhibitorische Klage resp. die Minderungsklage hat.

Insoweit steht der rechtlichen Auffassung des App.-Richters die Fassung jener Vorschriften zur Seite, wenngleich der Empfänger im § 325 a. a. O. nicht etwa für verpflichtet, sondern nur für berechtigt zur Kontraktsklage erklärt ist. Die Kontraktsklage des § 325 a. a. O. indeß kann nur die auf Vertrags-Erfüllung

---

Gesichtspunkt der Uebertragung des Eigenthums der aus der Herstellung des opus gewonnenen Sache, auch wenn der Uebernehmer das Material liefert, das mit dem Verbauen Eigenth. des Bestellers wird, zurücktritt, und daß Fehler des Materials beim Bau häufig erst im Verlaufe längerer Zeit hervortreten. Im Uebrigen ist die redhib. an die Fristen des § 343 I 5 gebunden, StrA. 30 S. 113. Die Schadensklage aus Verschulden des Werkm. unterliegt aber auch hier dem § 343 I 5 nicht. In Betracht kommen dabei die §§ 954, 956 h. t.; I 3 §§ 22, 23; 6 §§ 5—7; 5 §§ 281, 282, 289; OHG. 6 S. 29, 40, 41. Vgl. darüber und über die Bedeutung des Garantievertr. bei opus StrA. 59 S. 159; Erk. c. Nr. 116, Bd. 1 S. 515; ObTr. 52 S. 20, S. 519 das. u. unt. Nr. 172, Bd. 1 S. 937; ferner StrA. 24 S. 368 unt. Nr. 116, Bd. 1 S. 517, wo es sich um die Kosten für vertragsmäßig übernommene Reparaturen handelte, ohne daß ersichtlich, daß dabei an Reparaturen gedacht, welche durch Gewährsmängel nothwendig geworden.

Streitig und zweifelhaft ist, ob die Bestimmung des § 325 I 5 über die Vorklage auf Nachgewähr auf Vertr. über opus überhaupt anwendbar, für den Besteller eine Pflicht oder ein Recht auf diese Klage besteht. Vgl. darüber im Allgemeinen Nr. 111, Bd. 1 S. 499. In OHG. 6 S. 29, 35 wird die Frage unentschieden gelassen. Die Praxis des ObTr. neigt sich dahin, die Vorklage sowohl als Recht wie als Pflicht durch § 947 h. t. für ausgeschlossen zu halten. So das bereits unt. Nr. 111 erwähnte Erk. c. (vgl. das Erk. c. Nr. 116, Bd. 1 S. 515) und ebenso StrA. 36 S. 312; 51 S. 55; 83 S. 15. Dafür, daß eine Pflicht für den Besteller nicht besteht, sprechen überwiegend die §§ 933, 938, 947 h. t., aus denen folgt, daß der Besteller die nachträgliche Erfüllung als Erfüllung nicht anzusehn braucht. Sein Recht auf Nachbesserung wird namentlich aus § 947 h. t. verneint. Nach StrA. 9 S. 16 soll dies und das Wahlrecht des § 947 aber da nicht Anwendung leiden, wo der Werk-

gerichtete sein; sie hat also zur Voraussetzung, daß der Vertrag in einer bestimmten Beziehung durch Gewährung der Sache noch nicht erfüllt worden ist, daß an der Erfüllung noch Etwas fehlt, und daß dies Fehlende noch nachgeleistet werden kann. Bei einem bedungenen Werk ist dies der Fall, wenn der Mangel in dessen Vollendung liegt, wenn also etwas an der Vollendung des Werkes, als eines Ganzen, fehlt. In einem solchen Falle hat die Erfüllungsklage einen Gegenstand. Anders aber, wenn das Werk als ein fertiges und vollendetes Ganzes übergeben und angenommen ist, und nun sich hinterher nicht Mängel in der Vollendung, sondern Mängel an dem vollendeten Ganzen (Totalität), an der Konstruktion, dem Verhältniß der einzelnen Theile zum Ganzen u. s. w. zeigen.

In einem solchen Falle ist der Geber gar nicht mehr in der Lage, den Vertrag noch erfüllen zu können, weil er ihn bereits durch Hingabe des Werkes, als eines, wenn auch fehlerhaften Ganzen erfüllt hat, weil insbesondere die Beseitigung der vorhandenen Fehler nicht auf die Leistung von etwas an der Vertrags-Erfüllung Fehlendem, sondern auf die Herstellung eines anderen Zustandes und damit auf die Leistung eines anderen, oder eines veränderten Erfüllungs-Objekts, an Stelle des gewährten, zurückzuführen ist. Ebensowenig befindet sich in einem solchen Falle andererseits der Empfänger in der Lage, die Erfüllung des bereits, wenn auch fehlerhaft, erfüllten Vertrags durch die Kontraktsklage zu erzwingen, er muß vielmehr, weil der Geber bereits erfüllt hat und sich nicht in der Lage befindet, den Vertrag noch erfüllen zu können, berechtigt sein, zur actio redhibitoria oder quanti minoris zu schreiten.

So aber liegt hier die Sache; die hydraulische Presse ist dem Kläger als vollendetes Werk übergeben und von ihm angenommen worden; die von ihm gerügte und nach der Feststellung des App.-Richters konstatirte Unbrauchbarkeit derselben stellt nicht einen Mangel in der Vollendung, welcher den Verklagten berechtigen könnte, den Kläger zuvor auf die kontraktliche Erfüllungsklage zu verweisen, sondern eine Fehlerhaftigkeit des vollendeten Werkes dar, bezüglich welcher der App.-Richter nicht untersucht hat, ob sie beseitigt werden kann, ohne daß das Objekt der Erfüllung ein ganz anderes oder verändertes wird; bezüglich welcher er sich vielmehr mit der nach dem Gutachten der Sachverständigen blos möglichen Herstellung eines brauchbaren Zustandes begnügt hat. Dies führt denn dahin, daß die der angefochtenen Entscheidung unterliegenden §§ 325, 326 a. a. O. auf einen Fall angewendet worden sind, auf welchen sie nicht passen, was den Ausspruch der Vernichtung zur Folge hat.

---

meister vertragsmäßig verpflichtet, die vorgefundenen Mängel auf eigene Kosten abzustellen. In dem Falle hatte ein Orgelbauer den Bau einer Orgel für eine Kirche übernommen und sich in der gedachten Art verpflichtet. Die Orgel war übergeben und bis auf einen Rest bezahlt, der eingeklagt wurde. Die beklagte Gemeinde setzte entgegen, daß der Orgel gewisse vorbedungene Eigenschaften fehlten, weigerte deshalb Zahlung und verlangte widerklagend das Recht zum Rücktritt oder Schadloshaltung. Das ObTr. hat hier die Klage abgewiesen, auf die Widerklage aber nur zur Vornahme der erforderlichen Reparaturen in bestimmter Frist verurtheilt. Das Recht der Klage auf Erfüllung der Vertragsstipulation erscheint nicht bedenklich, ob daraus auch die Beseitigung des § 947 und die Pflicht zur Klage folgt, dagegen sehr zweifelhaft.

Fest ist die Praxis darin, daß das in den §§ 943—945 vorgesehene außergerichtliche Verfahren über die Abnahme des Werks den Gewährleistungsanspruch des Bestellers in keiner Weise berührt, wie dies aus § 946 h. t. direkt folgt, ebensowenig die Annahme des Werks ohne vorgängige Prüfung in dem Verfahren der §§ 943—945, welche nur ein Recht, keine Pflicht dazu statuiren, oder die Annahme und Zahlung nach dieser Prüfung. So Erk. d. u. übereinstimmend damit StrA. 30 S. 113; 42 S. 101; 51 S. 55; 12 S. 334; OHG. 18 S. 83. Selbstverständlich ist, daß das Ergebniß der außergerichtlichen Prüfung auch dem Werkmeister den Nachweis nicht abschneidet, daß er in Wahrheit erfüllt hat. Auch wird aus § 946 nicht hergeleitet werden können, daß der Klage auf Zahlung gegenüber die einredeweise Geltendmachung der Mängel prozessualisch unzulässig. Jedenfalls setzen die §§ 945, 946 ein fertiges Werk voraus, StrA. 49 S. 14.

Die redhib. ist auch hier davon abhängig, daß der Besteller wesentlich unverändert zu-

Gründe: d. Nach den §§ 318 ff. I 5 ALR. muß bei allen lästigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze oder ausdrückliche Verordnungen ein Anderes mit sich bringen, ein Theil dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages bedienen könne. Die an diese §§ sich anschließenden Bestimmungen der §§ 325, 326, nach denen der Empfänger einer Sache, wenn der Geber die ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften nicht gewähren kann, vom Vertrage wieder abgehen darf, und der §§ 329—331, nach denen ein Gleiches gilt, wenn der Sache die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften mangeln, der Fehler aber nicht in die Augen fallend ist, sind daher auch auf Werkverdingungsverträge, sofern diese auf das Geben einer Sache gerichtet sind, an sich zu erstrecken, insoweit nicht die für diese Verträge erlassenen besonderen Bestimmungen ihrer Anwendung entgegenstehen. Hierfür spricht auch der Umstand, daß in dem die Lehre vom Werkverdingungsvertrage einleitenden § 925 I 11 zunächst auf die allgemeinen Grundsätze von Verträgen über Handlungen der §§ 869 ff. a. a. O., in diesen aber wiederum auf die Regeln über lästige Verträge verwiesen wird. Wenn aber der App.-Richter durch die §§ 943, 945, 947 I 11, insbesondere durch den letzteren, eine Befugniß des Empfängers eines verdungenen Werkes, wegen fehlender Eigenschaften von dem Verdingungsvertrage zurückzutreten, in dem Falle, daß, wie der Verklagte hinsichtlich des Nebelbilderapparates gethan, der Empfänger das Werk angenommen, ohne zuvor eine Besichtigung desselben durch Sachverständige bewirken zu lassen, für unbedingt ausgeschlossen erachtet hat, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Die §§ 943—948 gestatten zwar, bei Werkverdingungsverträgen jedem Theile, bei Ablieferung des Werkes eine Besichtigung desselben durch Sachverständige auf seine Kosten zu verlangen; bedrohen aber den Nichtgebrauch dieser Befugniß nirgends ausdrücklich mit irgend einer Konsequenz, und gewähren damit den Parteien nur einen Weg, um die Sache außergerichtlich zu reguliren und resp. dem Werkmeister einen vorläufigen Anspruch auf Zahlung des Preises zu geben, schaffen aber keineswegs ein Institut, welches unter Beseitigung des Redhibitionsanspruches die Pflicht zur Uebernahme des Werkes definitiv feststellen soll. Denn trotz stattgehabter Besichtigung durch Sachverständige und deren Ausspruches behalten die §§ 946, 948 demjenigen Theile, zu dessen Nachtheile der Ausspruch ausgefallen, alle seine Einwendungen vor. Auch aus den §§ 951—953 a. a. O. läßt sich für die Ansicht des App.-Richters nichts ableiten.

Dieselben beschränken allerdings das Recht des Bestellers, die Annahme des

---

rückgewährt, Nr. 112, Bd. 1 S. 501 u. StrA. 72 S. 268, und daß nicht von dem Wahlrecht des § 328 I 5 durch die Erklärung, daß nicht zurückgewährt werden solle, Gebrauch gemacht ist. Ueber letzteres vgl. Nr. 115, Bd. 1 S. 512, 513 u. Erk. b. Nr. 122 a. E. Bd. 1 S. 556.

Außer dem Gewährleistungsanspruch trifft den Werkmeister die Verpflichtung der Lieferung des Werks zur gehörigen Zeit, §§ 932, 933 h. t.; ist keine Zeit bestimmt, so ist auf Grund § 933 h. t., in welchem das „sofort" als modic. tempus aufzufassen, und den Umständen des Falls konkret zu ermessen, welche Lieferung als rechtzeitig zu erachten. Nicht rechtzeitige Lieferung braucht der Besteller nach § 938 als Erfüllung nicht anzunehmen und kann deshalb vom Vertrage zurücktreten, vorausgesetzt, daß mora des Werkmeisters oder Zufall in seiner Person vorliegt. Daß diese Voraussetzung, wenn die bestimmte Zeit zur Erfüllung abgelaufen, nicht der Besteller zu beweisen hat, die Thatsache der Nichterfüllung genügt, den Werkmeister die Beweislast dafür trifft, daß nicht zu vertretender Zufall oder Verschulden des Bestellers vorliegt, keine mora auf seiner Seite, ist nach den im Erk. b. Nr. 101, Bd. 1 S. 439 entwickelten allgem. Grundsätzen nicht bedenklich. Ebenso OHG. 21 S. 1, das. S. 443, 444. Braucht der Besteller das verspätet gelieferte Werk nicht anzunehmen, weil die verspätete Lieferung keine Erfüllung mehr, d. h. beruht der im § 938 h. t. statuirte Rücktritt nicht auf einem jus poenitendi, sondern auf verschuldeter Nichterfüllung, so ist auch unzweifelhaft, daß der Werkmeister nicht blos den Rücktritt sich gefallen lassen, sondern auch das Interesse leisten muß, §§ 277—291 I 5. So OHG. 14 S. 390 und auch in den Gründen des Erk. b. Nr. 122, Bd. 1 S. 549, 552, 553 u. StrA. 36 S. 312.

Erhöht wird die Verpflichtung des Werkmeisters im Falle verzögerter Ablieferung nach § 936 dadurch, daß das peric. des Materials auf ihn übergeht, das dem Besteller ge=

verbungenen Werkes wegen vorhandener Fehler zu verweigern, insofern, als nach ihnen wegen solcher Fehler, welche keinen wesentlichen Einfluß auf den Gebrauch der Sache haben, nur ein Anspruch auf Preisminderung oder Schadloshaltung stattfindet, es sei denn daß bei zur Pracht und Zierde bestimmten Werken ein erheblicher Fehler an der äußeren Gestalt und Form obwaltet, oder daß der Fehler in dem Mangel einer ausdrücklich vorbedungenen, wenngleich außerwesentlichen Eigenschaft besteht. Es läßt sich aber aus ihnen auch nur entnehmen, daß wegen derjenigen Fehler eines verbungenen Werkes, wegen deren die Annahme des Werkes nicht abgelehnt werden kann, auch die Redhibition nicht gefordert werden könne: nicht aber daraus, daß hier überall nur von der Weigerung der Annahme, nicht aber von Redhibition eines bereits angenommenen Werkes die Rede ist, schließen, daß letztere überhaupt versagt sei. Redhibition eines verdungenen Werkes kann demgemäß in dem Falle, daß ohne vorgängige Besichtigung durch Sachverständige eine vorbehaltlose Annahme desselben erfolgt ist, nach den für den Werkverdingungsvertrag gegebenen Bestimmungen nicht, für vollständig unstatthaft erachtet werden. Dies ist auch bereits von dem ObTr. in den Erk. StrA. 30 S. 113; 42 S. 101 vergl. auch StrA. 12 S. 334; 37 S. 187 und von dem ROHG. 18 S. 83 unter Zustimmung bewährter Lehrer des preuß. R.: Bornemann, 2 S. 593; Foerster, 2 S. 270 Anm. 87; Dernburg, 2 S. 523. Anm 22; Gruchot, 13 S. 53; 19 S. 557 anerkannt worden.

Wenn in dem Erk. StrA. 83 S. 15 gesagt wird, daß, wenn der Besteller das Werk ohne vorherige Besichtigung durch Sachverständige angenommen, die Sache von selbst in die Lage gekommen, daß er lediglich befugt sei, wegen der an dem Werke bemerkten Fehler Schadloshaltung zu fordern, so ist dieser Ausführung, welche sich übrigens, da in dem durch dieses Erkenntniß entschiedenen Fall S. 20 der Besteller gar nicht von dem Vertrage wiederabzugehen beabsichtigte, vielmehr nur wegen Mängel des Werkes Zahlung des Preises gänzlich ablehnte, nur als gelegentliche Bemerkung darstellt, insoweit sie mit den vorstehenden Erörterungen im Widerspruche befindlich sein sollte, nicht zuzustimmen; vielmehr erscheinen im vorliegenden Falle die §§ 943, 945, 947 I 11 und die §§ 325, 326, 329 I 5 ALR. als verletzt.

Gründe: e. Nach § 424 I 50 AGO. mußten, wie dies auch schon im corp. jur. Frid. § 76 Tit. 10 Bd. IV bestimmt war, im Fall des Konkurses diejenigen, welche vor dessen Ausbruch zum Aufbau oder zur Ausbesserung der zur Masse ge-

---

hört, während dasselbe grundsätzlich bis zur mora bei dem Eigenthümer bleibt, §§ 959, 960 h. t. Der Nachweis, daß den Eigenthümer der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde, wird dem Werkm. aber offen zu lassen sein, OHG. 21 S. 1. Das Letztere gilt auch für Bauten während des Baus; das verbaute Material, auch wenn es der Werkmeister liefert, welches nicht mehr sein Eigenthum, weil es verbaut, steht auf seine Gefahr, weil er das fertige opus zu liefern hat, ebenso das vom Besteller gelieferte, weil er der Eigenthümer. Die Gefahr des fertigen opus bis zur Ablieferung trägt der Werkmeister insofern, als er nach § 961 Arbeitslohn und Auslagen verliert. Modifizirt ist dies bei Bauten nach §§ 966, 967 insofern, als der Zufall, der den fertigen Bau zerstört, den Bauherrn trifft, auch wenn er noch nicht übergeben, d. h. in diesem Falle hat der Bauherr den Bau zu bezahlen, obwohl er ihn nicht erhält, weil er durch den Bau auf seinem Grund und Boden Eigenthümer geworden. Auch StrA. 48 S. 78 bezieht die §§ 966, 967 nicht auf Unfälle während der Arbeit, sondern auf solche nach vollendetem Bau, vor der Uebergabe. Nach Fertigstellung soll die Zögerung des einen oder anderen Theils nicht entscheiden, die §§ 966, 967 eine Ausnahme von den §§ 965, 963 ff., 939 enthalten. Vgl. l. 36, 37 D. 19, 2.

Ist bei einem Bau der Besteller in der Abnahme säumig, so würde ihn nach § 939 die Gefahr treffen, die Vermuthung des § 966 überwiegt aber, was nicht ohne guten Grund ist.

Ueber die Haftung des Werkmeisters für seine Leute, §§ 930, 897 vgl. Nr. 129, Bd. 1 S. 594 u. OHG. 13 S. 76; RG. 10 S. 165 für gem. R. l. 25 § 7, l. 13 § 5, l. 41 D. 19, 2 (nicht blos für culpa in eligendo). Vgl. OHG. 15 S. 320, 323 (Haftung des gewerbsmäßig Schleppschiffahrt betreibenden Kaufmanns für den Führer des Schleppers beim Schleppvertrag als Vertr. üb. opus, § 930 h. t.)

hörigen Gebäude Materialien geliefert, Arbeiten gethan, oder Gelder vorgeschossen, mit den ihnen dadurch entstandenen Forderungen in der vierten Klasse zum Ansatz gebracht werden. Dieselben waren hiernach, obwohl bevorzugt, doch lediglich auf die Gemein= oder Mobiliarmasse verwiesen, § 525 I 50 AGO., und kamen nur als persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners in Betracht. Für den Fall des inzwischen bereits durch die Subh. V. v. 4 März 1834 aufgehobenen Liquidations=Prozesses über die Kaufgelder eines Grundstücks sollten indessen diese Baugläubiger des Besitzers, überhaupt alle im Konkurse zur IV. und V. Klasse gehörigen Gläubiger desselben, bei dem Verfahren gleichfalls zugezogen werden, §§ 12—15 I 51 AGO. Sie waren also, ohne daß es des Nachweises einer causa arresti bedurfte, berechtigt, wegen ihrer Forderungen sich ohne Weiteres an den nach Befriedigung der Realgläubiger noch verbliebenen Erlös des Grundstückes zu halten und denselben in Beschlag zu nehmen, wonächst dessen Ablieferung an den persönlichen Richter des Schuldners zum Zweck der weiteren Verfügung erfolgte, §§ 42, 43 l. c. Diese Anordnung beruhte, wie der § 12 l. c. besagt, auf der Annahme eines den Gläubigern der IV. und V. Klasse zustehenden gesetzlichen Titels zum Pfandrecht. Lediglich durch diesen war, wie es im § 666 I 50 AGO. heißt, das Vorrecht dieser Klassen begründet. Im Projekt des Cod. Frid. march. v. 3. April 1748 sind die in die IV. Klasse gesetzten Gläubiger, unter welchen auch diese Baugläubiger befindlich, als solche charakterisirt, welche nebst den ihnen nach der damaligen Gesetzgebung gebührenden jure tacitae hypoth. ein privilig. pers. haben, aber ihre jura nicht eintragen lassen (cfr. Thl. IV Tit. 9 § 75 ibid.), während die Gläubiger der V. Klasse, §§ 96, 102 ibid. als diejenigen bezeichnet werden, welche eine gerichtliche oder stillschweigende Hypothek erhalten, solche aber weder eintragen lassen, noch ein privil. pers. haben.

Wird auch auf Grund des § 12 I 51 AGO. und des § 666 I 50 AGO. anerkannt, daß, wovon die Regierungs=Motive zum Ges. v. 8 Mai 1855, betreffend die Einführung der neuen Konk.O. S. 6, gleichfalls ausgegangen sind, die vormals in die IV. und V. Klasse gehörig gewesenen Gläubiger mit einem gesetzlichen Titel zum Pfandrecht an gewissen oder an allen Grundstücken ihres Schuldners versehen waren, und daß derselbe durch die Einräumung dieses Vorzugsrechts Ausdruck erhalten, so konnte dieser Titel doch seit Emanation des ALR., sofern er nicht gleichzeitig durch dort enthaltene Vorschriften noch besonders ertheilt war, nur aus der bis zum 1. Okt. 1855 bestandenen Prioritäts=Ordnung abgeleitet werden. Alle diese lediglich aus der letzteren hervorgegangenen Pfandrechtstitel müssen, nachdem die durch das Ges. v. 8. Mai 1855 eingeführte KonkO. in Kraft getreten und der Tit.

Die Pflichten des Bestellers beim opus beschränken sich auf Abnahme des fertigen, tüchtigen Werks, — vgl. aber oben OHG. 11 S. 155, — wenn er nicht vertragsmäßig auch zu Leistungen behufs Fertigstellung verbunden, und auf Bezahlung des verabredeten oder angemessenen Preises. Nach § 939 geht mit dem Verzuge in der Abnahme alle Gefahr auf den Besteller über. Ein Beispiel giebt StrA. 19 S. 234. A. u. B. hatten bei C. eine Maschine bestellt und C. nach Fertigstellung auf Zahlung gegen Uebergabe geklagt und Judikat erstritten. Inzwischen war die fertige Maschine von einem Gläubiger des A. in der Exek. gegen A. gepfändet und ohne Zuziehung des B. verkauft. Daraus leitete B. in der Exek. auf Antrag des C. gegen A. u. B. seine Befreiung her. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen die Befreiung verneint, weil Gefahr in § 939 nicht blos vis major oder casus, der durch keine erlaubten Mittel abzuwenden, sondern jeder Zwischenfall, der das Werk ohne Verschulden des Werkmeisters getroffen; ein solches wurde darin, daß C. die Rechte des B. nicht wahrgenommen, nicht gefunden.

Für die Feststellung der Entschädigung für das Werk gilt alles unt. Nr. 218 Gesagte. Ob in der Vergütung für Herstellung auch die für die Aufstellung enthalten oder nicht, was StrA. 19 S. 215 verneint, ist nur konkret zu entscheiden, §§ 135, 932, 943—949 h. t. entscheiden die Frage nicht. Fällig wird die Zahlung, wenn der Vertr. nichts besagt, nach § 932 mit der Abnahme. Die Zögerung kann nach §§ 20, 71 I 16 auch hier einwirken. In StrA. 79 S. 285 ist mit Recht angenommen, daß die §§ 932, 940 Preisabrede voraussetzen, wo solche nicht vorliegt, §§ 942 ff. anzuwenden, die Verzinsung des Preises erst mit dem Verzuge, der Zahlungsaufforderung oder der Klagezustellung beginnt, nicht mit der bloßen Zustellung der Rechnung, wenn sie nicht konkret als Zahlungsaufforderung gilt, § 71 I 16.

50 I AGO. und mit demselben die bisherige Rangordnung der Konkurs-Gläubiger aufgehoben worden, für erloschen erachtet werden, wie dies auch in den Regierungs-Motiven S. 6, 7, 8 im Einverständnisse mit der Kommission der zweiten Kammer, cfr. deren Bericht v. 12. April 1855 S. 8, ausgeführt worden ist.

Den Verklagten ist hiernach darin beizutreten, daß die s. g. Baugläubiger ferner nicht berechtigt sind, aus § 424 I 50 AGO. die hypothekarische Eintragung ihrer dort bezeichneten Forderungen zu verlangen und daß auch der Werkmeister dieselbe in Ansehung der in das Grundstück gewährten Baumaterialien und Arbeiten aus dieser Vorschrift ebensowenig, wie aus dem darauf Bezug nehmenden § 971 I 11 ALR., beanspruchen kann, der letztere vielmehr gleichfalls seine Bedeutung verloren hat.

Von den Verklagten ist ferner richtig hervorgehoben worden, daß die neue KonkO. für diese Forderungen des Werkmeisters ein Recht zur Hypothek nicht bewilligt hat, der Letztere nur wegen seiner Ansprüche für Arbeiten und Auslagen in Betreff der von ihm gefertigten oder ausgebesserten und noch in seiner Gewahrsam befindlichen Sachen dem Faust-Pfandgläubiger gleichgestellt ist, § 33 Nr. 9.*) Dagegen wird im ALR., nachdem daselbst § 971 Tit. 11 Thl. I ausgesprochen worden: Bei unbeweglichen Sachen hat der Werkmeister in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten ein in der KonkO. näher bestimmtes Vorrecht; im § 972 l. c. weiter verordnet: Dieses Vorrecht kann er, so lange der Konkurs nicht eröffnet ist, auf die Sache auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners eintragen lassen. So ungenau die hier gegebene Vorschrift redigirt ist, so kann deren Fassung doch keinen Zweifel darüber gestatten, daß nicht das Vorrecht des § 424 I 50 AGO., d. h. die Befugniß des Werkmeisters, wegen der Forderung für Baumaterialien und Arbeiten bei einem etwa ausbrechenden Konkurse aus der Mobiliar- oder Gemeinmasse als Personal-Gläubiger der IV. Klasse Befriedigung zu nehmen, im Hypothekenbuch des Grundstücks eingetragen werden soll, daß vielmehr hierdurch der sonst schon bevorrechteten Forderung durch deren, selbst ohne die besondere Einwilligung des Schuldners, auf Antrag des Gläubigers, vorzunehmende Einschreibung Sicherheit verschafft werden, und dadurch der nur persönliche Anspruch in einen dinglichen übergehen soll. Es würde juristisch keinen Sinn haben und den Bestimmungen und

---

*) § 41 Nr. 6 RKonkO.

In dem Falle hatte A. für B. 1862 gebaut, den Bau fertig Ende 1862 übergeben, auch die Baurechnung zugestellt. Zahlungsaufforderung erging erst, nachdem die Sachverständigen die Baurechnung erheblich reduzirt, und die Summe in verschiedene Raten bis Ende 1865 gezahlt, im Febr. 1865. Als der Kläger demnächst Zinsen von 1863 ab nachforderte, wurden sie erst vom Febr. 1865 ab zugesprochen, weil der Grundsatz des § 109 I 11 nicht analog auf opus anwendbar, §§ 932, 940 keine gesetzliche Fixirung des Zahlungstages im Sinne § 67 I 16.

Wo es sich nicht um die Tragung der Gefahr für das fertige oder das in der Ausführung begriffene Werk, sondern um den Einfluß verschuldeter oder zufälliger Unmöglichkeit der vollen Erfüllung handelt, kommen die §§ 883 ff. zur Anwendung. Entscheidend ist danach, ob Schuld oder reiner Zufall oder Zufall in der Person die Unmöglichkeit herbeigeführt. Bei Verschulden des Werkmeisters oder Zufall in seiner Person besteht grundsätzlich ein Anspruch für ihn auf die Bereicherung. In allen anderen Fällen (bloßer Zufall, Zufall in der Person des Bestellers, Verschulden des Bestellers) gehen die Ansprüche weiter. Vgl. StrA. 26 S. 32 unt. Nr. 218. Diese Grundsätze sind auf Vertr. über opus nach §§ 920, 925 anzuwenden, nicht umdeswillen die Anwendung abzulehnen, weil jedes opus seiner Natur nach eine untheilbare Leistung. Von diesem Gesichtspunkte aus ist in OHG. 4 S. 172 gegen StrA. 66 S. 246; 71 S. 72 der Anspr. auf Distancefracht behandelt und zugelassen, in dem vom HGB. nicht geregelten Falle der Unausführbarkeit des Transports durch den Untergang des Transportmittels oder einen anderen Zufall.

Ueber die Rechte des Werkmeisters im Konkurse vgl. zu §§ 951 ff. Erk. e. u. RKonkO. §§ 15 ff. 20, 35, 41.

Vgl. übrigens Erk. a. u. b. Nr. 180a., Bd. 1 S. 1016 über die Anwendung des § 1 Nr. 1 Ges. v. 31. März 1838 über die Verjährung auf die Bauentreprise.

dem Zweck des Hypothekenbuches entgegen sein, daselbst die rechtlichen Beziehungen des Gläubigers zum Mobiliar-Vermögen seines Schuldners vermerken zu lassen. Ist dem Werkmeister hiernach für die oben bezeichneten Forderungen durch § 972 I 11, also außerhalb der aufgehobenen Prioritäts-Ordnung, ein Recht auf deren hypothekarische Eintragung eingeräumt, so ist dasselbe auch nach dem Erscheinen der KonkO. v. 1855 und, nachdem dieselbe in Wirksamkeit getreten, in voller Kraft geblieben. Dies besagt ausdrücklich der Art. XI des EinfGes., indem dort alle im ALR. und in sonstigen gültig fortbestehenden Gesetzen aufgeführten Pfandrechts-Titel aufrecht erhalten, und neben denselben diejenigen noch besonders benannt worden sind, deren Beibehaltung, obwohl sie in der früheren Prioritäts-Ordnung ihren Grund haben, für ersprießlich erachtet worden ist.

Wenn über die fortdauernde Gültigkeit des § 972 I 11 noch irgend ein Bedenken vorwalten könnte, so wird dasselbe durch die Regierungs-Motive zum allegirten Einf. Ges. und durch den von der Just. Komm. der zweiten Kammer darüber erstatteten Bericht beseitigt. In den ersteren wird zu Art. XI des Einf. Ges. (im Entwurf Art. VIII) S. 8 näher dargelegt, daß zwar der Pfandrechts-Titel aus § 424 I 50 AGO, als entbehrlich fortfallen, daß es dagegen bei der Vorschrift des § 972 I 11 ALR. ferner sein Bewenden behalten solle. Bei der Berathung des Einf.G. in der Kommission der zweiten Kammer (cfr. S. 8 des Berichts) wurde von einem Mitgliede darauf aufmerksam gemacht, daß es sich empfehlen dürfte, unter einer besonderen Nummer dem im § 972 dem Werkmeister beigelegten Pfandrechts-Titel aufzuführen, weil dieser § ihm nur das Recht gewähre, die im § 424 der alten KonkO. wegen der auf eine unbewegliche Sache verwendeten Materialien und Arbeiten bewilligte Priorität eintragen zu lassen, diese aber gegenwärtig wegfalle, und es deshalb um so mehr zweifelhaft erscheinen müsse, ob hierin ein Pfandrechts-Titel gefunden werden könne, als der Art. III des Einf.Ges. ausdrücklich vorschreibe, daß die Vorschriften der neuen Konk.O. an die Stelle der alten träten, jene ein Vorzugsrecht des Werkmeisters nicht kenne, und somit die natürliche Deutung des § 972 l. c. dahin führe, jenen Pfandrechts-Titel für aufgehoben anzusehen. Die Kommission nahm indessen an, daß eine solche Auslegung nicht werde Platz greifen können, weil die allegirte Vorschrift schon jetzt keine andere Deutung gestatte, als daß dem Werkmeister das Recht auf Eintragung seiner Verwendungen an Materialien und Arbeiten, also nicht blos das Recht auf Eintragung des Vorrechtes der IV. Klasse beigelegt sei.

Nr. 220. §§ 996—1023, 1024—1036. (II 20. §§ 1294—1297; Ges. v. 11. Juni 1837; Ges. v. 11. Juni 1870 u. v. 11. Jan. 1876.) Verlagsvertrag. Autorrecht. Nachdruck.*)

Erk. v. 28. Jan. 1867 (Pl. der Sen. f. Strafsachen); ObTr. 57 S. 26.

In dem Falle hatte die Schuster'sche Druckerei und Verlagshandlung seit 1731 auf Grund eines 1783 erloschenen Privilegs eine von verschiedenen Geistlichen für sie bewirkte Auswahl und Zusammenstellung von Liedern als Gesangbuch bis 1842 in zahlreichen Auflagen gedruckt und veröffentlicht. Als 1859 ein Totalnachdruck dieses Gesangbuchs von einer Buchdruckerei in M. verbreitet wurde, klagte sie gegen den Inhaber dieser auf Strafe und Entschädigung. Es kam dabei in Frage, ob ihr nach 1783 überhaupt noch ein Verlagsrecht zugestanden, ob es nach dem ALR. anzuerkennen und zur Zeit des Ges. v. 11. Juni 1837 noch bestanden. Das ObTr. hat bejaht.

---

*) Vgl. Dernburg 2 §§ 210, 26_{18}, 304 ff.; Förster (Eccius) 2 §§ 134, 153. — Die §§ 996 ff. behandeln den Verlagsvertrag und lassen zugleich in Verbindung mit den Strafbestimmungen in II 20 §§ 1294 ff. erkennen, daß sie das Verlagsrecht als Ausfluß

Gründe: 1. Der erste und präjudizielle Grund des App.-Richters besteht in der Behauptung, daß das gem. R., unter dessen Herrschaft das Schuster'sche Gesangbuch ursprünglich erschienen sei, kein durch Gesetz oder besonderen Rechtsgrundsatz geschütztes Recht des Schriftstellers gekannt habe, seine literarischen Erzeugnisse ausschließlich bekannt zu machen, oder bekannt machen zu lassen. Ein Schutz gegen Nachdruck habe hiernach unter der Herrschaft des gem. R. nur durch Privilegien erlangt werden können, und da nun das Sch.'sche Privil. im Jahre 1783 erloschen sei, so habe das sich hierauf allein gründende Recht der Sch.'schen Erben weder zur Zeit der Einführung des ALR. und noch weniger beim Erscheinen des Ges. v. 11. Juni 1837 mehr bestanden, mithin auf den Schutz beider keinen Anspruch.

Dieser Ausführung kann in ihrem ganzen Umfange nicht beigetreten, sie muß vielmehr als eine rechtsirrthümliche bezeichnet werden.

Richtig ist es, daß so lange das Röm. Reich deutscher Nation bestanden, ein Reichsgesetz zum Schutze von Autor- oder Verlagsrechten gegen Nachdruck nicht zu Stande gekommen ist, trotzdem daß noch die Wahlkapitulationen der beiden letzten römisch-deutschen Kaiser von 1790 und 1792 ein solches in Aussicht gestellt hatten. Es liegt auch in der Natur der Sache, daß, weil von einem Nachdruck und einem demselben entgegenstehenden Verlagsrechte erst seit Erfindung der Buchdruckerkunst die Rede sein konnte, man in den Quellen des gem. R., die zum Theil der Hauptsache nach älter sind, Bestimmungen hierüber nicht suchen konnte. Nichtsdestoweniger hatte das praktische Bedürfniß, insbesondere der ausgedehnte Betrieb des deutschen Buchhandels, der gegenseitige Austausch von Verlagsartikeln unter den die Leipziger Messe besuchenden Buchhändlern und die Nothwendigkeit, die Rechte des Verlegers aus einem Rechte des Schriftstellers herzuleiten, zuerst zur Ausbildung eines Rechtsverhältnisses zwischen Buchhändlern und Schriftstellern durch Abschließung von sogenannten Verlagsverträgen geführt, die demnach auch von den Lehrern des gem. R. erwähnt und als eine besondere Form von Innominat-Verträgen behandelt worden. (Vgl. Eichhorn's D. Privatr. 2. Ausg. § 886; Mittermaier, Grundzüge des gem. D. Privatr. 5. Ausg., § 296 (204).

Hätte es nun auch wirklich zum Schutze solcher Verträge gegen die Eingriffe dritter Personen durch Nachdruck kein anderes Mittel, als die Nachsuchung von Privilegien gegeben, so konnten doch schon an und für sich die etwaigen, aus diesen Verträgen fließenden Rechte durch Nachdrucks-Privilegien nicht geschaffen, sondern nur sicher gestellt werden, sodann deutet aber auch das ALR. selbst darauf hin, daß es vorher entstandene und durch Privilegien nicht geschützte Verlagsrechte als solche anerkennen und ihnen denjenigen Schutz habe angedeihen lassen wollen, dessen sie bisher ermangelt haben möchten. Denn der § 1294 II 20 sagt wörtlich: Bücher, auf welche ein Königlicher Unterthan das Verlagsrecht **hat**, soll Niemand nachdrucken. Die §§ 1295, 1296 enthalten dann verschiedene Strafbestimmungen sowohl für den Fall, daß der Verleger ein Privilegium erlangt hat, als auch für den Fall, daß dieses nicht geschehen ist. Es berechtigt also die Fassung dieser §§ zu der Annahme, daß sich dieselben nicht etwa blos auf künftige, erst nach Maßgabe der §§ 996 ff. I 11 zu begründende, sondern auch auf ältere, als schon bestehend gedachte Verlagsrechte beziehen sollen und den Zweck gehabt haben, diesen für die Zukunft auch ohne Privilegien einen Schutz gegen Nachdruck angedeihen zu lassen.

Abgesehen hiervon kann es aber auch nicht als ein unbestrittener Grundsatz des gem. R., wie es bis zum Erscheinen des ALR. in den preußisch-brandenburgischen Landen gegolten, anerkannt werden, daß Verlagsrechte auf keine andere Weise, als

---

eines dem Verfasser zustehenden ausschließlichen Rechts, sein Werk dem Publikum mitzutheilen und zu vervielfältigen, ansehn. In einem in S. u. v. Str. R. 4 S. 223, 236 mitgetheilten Erk. aus dem Jahre 1835 war aus diesem Recht schon damals die Befugniß des Schriftstellers zur Negatoria gegen dramatische Aufführungen und Entschädigung aus solchen hergeleitet. Eine Behandlung der Lehre vom Eigenthum an literarischen und anderen Produkten ist in den Bestimmungen nicht enthalten. Solche brachte erst die nachfolgende Gesetzgebung Preußens und des Reichs. (Art. 18d. Deutsche Bundesakte v. 8. Juni 1815; Bundesbeschl. v. 6. Sept. 1832, 2. April 1835, 9. Nov. 1837; PP. v. 29. Nov. 1837; Ges. v. 11. Juni 1837; Bundesbeschl. v. 22. April 1841 u. PP. v. 6. Nov. 1841; V. v. 5. Juli 1844;

durch Spezial-Privilegien gegen Nachdruck geschützt werden könnten, der letztere mithin etwas gesetzlich Erlaubtes gewesen sei. Denn so gewiß es ist, daß dieses von vielen Seiten behauptet und der Nachdruck bis auf die neuesten gegen denselben erlassenen Gesetze des vormaligen deutschen Bundes vertheidigt worden ist, so gewiß ist es, daß von anderen Seiten das Gegentheil stattgefunden hat. Beispielsweise ist, wenn gleich allerdings nicht ohne Widerspruch, versucht worden, den Nachdruck unter die Strafvorschriften über Falsum, Injuria u. s. w. zu bringen, ihn auch civilrechtlich durch die actio injuriarum aestimatoria, so wie durch Negatorienklage für verfolgbar zu erklären (vgl. von Quistorp's Lehre des deutschen u. peinlichen R. 1794 § 414; Wächter's Lehrb. des Röm. D. Strafrechtes, II Seite 232, 603; O. Wächter, Verlagsrecht 2c. 1 Seite 6; Pütter, Büchernachdruck, 1774 §§ 20—23, 41—44, 48—50, 73, 133—150), ja Pütter, welcher die Ansicht vertheidigt, daß die Nachsuchung von Privilegien gegen Nachdruck hauptsächlich nur in den Territorien anderer, als des eigenen Landesherrn, oder zur Herausgabe von Schriften, an denen kein eigentliches Autorrecht mehr existirte, wie von alten Klassikern, Sammelwerken und dergleichen, erforderlich gewesen sei (a. a. O. §§ 16, 18, 96—103, 152—156, 167 Note II), sagt (a. a. O. § 153) ganz ausdrücklich: Sonst aber wird es weder einem Buchhändler, noch Gelehrten leicht einfallen, über ein Buch, das der Gelehrte als ein Werk seines Fleißes dem Buchhändler in Verlag giebt, von seinem eigenen Landesherrn ein Privilegium zu suchen, damit in eben dem Lande kein Nachdruck davon gemacht werden dürfe. Für einen solchen Nachdruck kann sich ein jeder Verleger so gesichert halten, daß auch, ohne besondere Landesgesetze dafür anführen zu dürfen, ihm nie landesherrliche und richterliche Hülfe entstehen würde, wenn er über einen solchen Nachdruck zu klagen hätte, — ein Zeugniß, welches auch von solchen Rechtslehrern nicht angefochten wird, die sonst mit den rechtlichen Ausführungen Pütter's nicht durchweg übereinstimmen (vgl. Jolli, Lehre vom Nachdruck S. 19) und in verschiedenen Aussprüchen von Juristenfakultäten und Gerichtshöfen eine Bestätigung findet. So wird in einem Urtheile des Leipziger Schöppenstuhls von 1674 der Nachdruck dem Verleger gegenüber deshalb für unerlaubt erklärt, weil derselbe das Werk titulo oneroso an sich erhandelt habe, und wie der Autor selbsten nicht einsten den Nachdruck Anderen zu verhandeln befugt sei, cum ex suo contractu ad evictionem teneatur, um destoweniger ein tertius sich das Nachdrucken anmaßen könne (H. J. Böhmer's Gebrauch der Akten S. 526).

In gleicher Weise hat die Leipziger Juristenfakultät vor 1706 ein Gutachten abgegeben, daß ein Buch, so entweder der Autor selbsten verleget, oder ein Buchführer (Buchhändler) von demselben erkaufet, derselben wahres Eigenthum sei, auch, wie insgemein Niemanden das Seinige wider seinen Willen zu entziehen, also es ebenmäßig eine ungerechte Sache sei, einem Anderen sein Buch durch den Nachdruck zur Ungebühr zu entziehen. Zuletzt heißt es: Und haben wir dannenhero jedesmal davor gehalten und darauf erkannt, daß Niemand eines Anderen Buch, wenngleich er kein Privilegium darüber ausbracht, oder solches hinwiederum exspirirt, mit Fug nachdrucken könne, ob er sich gleich deswegen privilegiren lassen; es wäre denn, daß die Exemplare gänzlich abgegangen, oder er einen unziemlichen Wucher damit treibe, und von der h. Obrigkeit dessen erinnert davon abzustehen oder das Buch aufs Neue aufzulegen befehligt würde, oder auch weder vom Verleger noch Eigenthumsherrn Niemand mehr vorhanden. Auf welchen Fall eine anderweite Concession wohl ausgewirket werden möchte. In den vorausgeschickten Gründen wird noch weiter auseinander gesetzt: daß, wenn der Autor oder Verleger, so dessen Recht an sich er-

---

Bundesbeschl. v. 19. Juni 1845 u. PP. v. 16. Jan. 1846; Ges. v. 20. Febr. 1854; Bundesbeschl. v. 6. Nov. 1856 u. PP. v. 26. Jan. 1857; ferner das (B.)RGes. v. 11. Juni 1870, 9., 10. u. 11. Jan. 1876; Patentges. v. 25. Mai 1877.) Durch diese sind die Bestimmungen des ALR. über die Quelle des von ihm als Gegenstand des Verlagsvertrags behandelten Verlagsrechts beseitigt, die übrigens geringe Praxis des ObTr. insoweit bedeutungslos geworden, durch die des OHG. u. des RG. ersetzt, der zu folgen nicht Aufgabe dieses Werks ist. Das mitgetheilte Erk. ist nur wiedergegeben, weil es in lehrreicher Weise einen Blick in die historische Entwicklung giebt und die Bedeutung der früheren Privilegien erörtert. Für die Entscheidung des Falls nach dem jetzt bestehenden Recht würde sich fragen, ob der

handelt, ein Privilegium ausbittet, solches keinesweges dahin anzusehen sei, daß er hierdurch erst ein Eigenthum an dem Buche acquiriren wolle, gestalten ihm dieses ohne hin zuständig, sondern vielmehr, daß er paratam executionem wider alle Diejenigen, welche ihm zur Ungebühr in dem Seinigen Eintrag thun, wolle er halten und diesfalls eine gewisse Strafe gesetzt sein möge, auch bei erhobener Klage nicht allererst ein besonderliches Interesse sammt denen verursachten Schäden beigebracht, oder dessen Ermäßigung des Richters arbitrio bloshin überlassen werden dürfte (Berger electa disceptat. forens. Lips. 1706 ad. Tit. XXXIX pag: 1096—1099). Ganz in ähnlicher Weise hat die Wittenberger Juristenfakultät 1722 respondirt und den Verleger auch ohne Privilegium berechtigt erachtet, Anderen den Nachdruck des vom Autor erkauften Buches zu verwehren, sowie von den Interessenten des Nachdruckes Ersatz des verursachten Schadens zu fordern (Wernher Select: Obs. for: lit. VI. Pars 10 obs. 448). Wernher selbst äußert sich bei dieser Gelegenheit dahin: „Sicut quisque a rei suae usu alios recte excludit, ita et bibliopola facultatem typis vulgandi scriptum, a se emtum, indeque lucrum honestum capiendi sibi privative optimo jure vindicat." Auch bei der Hallischen Juristenfakultät ließen sich ähnliche Ansichten vernehmen. Außer Gundling, der ein Buch nicht nur in Ansehung der Gedanken, sondern auch des Werthes, nach welchem er dasselbe verhandeln könne, als des Autors Eigenthum und die Nachdrucker für Diebe erklärt, ohne daß man ein Privilegium erst nöthig habe, war es ein Leipziger Docent der Philosophie und Jurisprudenz, J. A. Birnbaum, welcher den Nachdruck als Diebstahl signalisirte 1733, ganz besonders aber J. H. Boehmer, welcher um dieselbe Zeit in verschiedenen Abhandlungen den Nachdruck als eine Läsion des Verlegers in Bezug auf sein von dem Autor als Dominus des Werkes wohl erworbenes Recht auffaßte.

Aehnliche Ansichten vertheidigte Thurneisen in einer diss. inaug. de recusione libror. furtiva 1738.

Diese Zeugnisse gegen die rechtliche Zulässigkeit des Nachdruckes unter der Herrschaft des gem. R., denen sich leicht noch mehrere anreihen ließen, beweisen gegenüber den allerdings nicht minder zahlreichen Aussprüchen für den Nachdruck mindestens so viel, daß die Frage über die Wirkungen des Verlags-Vertrags gegen dritte Personen und über die Verfolgbarkeit des Nachdruckes auch in Fällen, wo Privilegien gegen denselben nicht vorhanden oder schon erloschen waren, bis zum Erscheinen des ALR. mindestens kontrovers war. Ist dem aber so, so muß der Entscheidung des vorliegenden Falles der § IX des PP. zum ALR. v. 5. Februar 1794 zum Grunde gelegt werden. Daß hier von „Gesetzen" die Rede ist, während doch, wie gezeigt worden, ein eigentliches Gesetz zum Schutze von Verlagsrechten gegen den Nachdruck vor dem ALR. in den preuß.-brandenburgischen Landen nicht vorhanden war, kann in der Sache nichts ändern, weil das gem. R. in seiner Totalität überhaupt nicht durchweg auf wirklichen Gesetzen im heutigen Sinne, sondern sehr oft auf Gewohnheit, Gerichtsgebrauch und Sprüchen von Rechtslehrern beruht, welche die Kraft von Gesetzen erlangt haben. Ebensowenig steht der Ausdruck „Gerichtshöfe" entgegen, da zur Zeit des gem. R. die Juristenfakultäten, deren Aussprüche eben allegirt sind, die Stellung von Gerichtshöfen im Sinne des § IX a. a. O. einnahmen.

Ist hiernach die gemeinrechtliche Kontroverse in der Materie von Verlagsrecht und Büchernachdruck für den vorliegenden Fall nach den Vorschriften des ALR. in den §§ 996 ff. I 11 und §§ 1294 ff. II 20 zu entscheiden, so unterliegt es keinem

---

Verleger überhaupt als Autor oder Herausgeber, §§ 1, 2; Ges. v. 11. Juni 1870, zu erachten. Einen ähnlichen Fall behandelt ObTr. 42 S. 82* mit anderem Resultat.

Die Bestimmungen über den Verlagsvertrag dagegen sind durch die neuere Gesetzgebung unberührt geblieben, nur daß in § 998 der schriftl. Vertr. fortfällt, sofern der Verleger Kaufmann im Sinne Art. 272 Nr. 5 HGB. Aber weder der Begr. des Verlagsvertrages, noch seine Stellung im System, seine Natur als Vertr. üb. Handlungen, unter welche allgem. Kategorie er im ALR. eingereiht, noch die praktischen Konsequenzen daraus sind in der Praxis des ObTr. einer irgend nennenswerthen Erörterung unterzogen. In StrA. 2 S. 372 wird nur die Frage nach der Anwendbarkeit des § 408 I 5 auf Verlagsverträge berührt, aber

Zweifel, daß wenn die Sch'sche Buchhandlung ursprünglich ein Verlagsrecht auf das Altmärkisch-Priegnitzische Gesangbuch gehabt hat, dasselbe durch den bloßen Ablauf des dafür ertheilten Privilegiums im Jahre 1783 nicht erloschen, vielmehr als ein bei Publikation des ALR. noch bestehendes den Schutz desselben erlangt hat.

2. Nun behauptet zwar der App.-Richter eventuell, daß wenn sich gemeinrechtlich auch ein Verlagsrecht des Autors und desjenigen, dem die Rechte desselben übertragen worden sind, vertheidigen lassen sollte, die Sch.'sche Verlagshandlung doch erweislich durch keinen ihrer Inhaber ein solches Autorrecht erworben habe, weil wenn gleich der frühere Besitzer derselben die Idee der Herstellung des zuerst von ihm gedruckten und herausgegebenen Gesangbuches angegeben habe, doch die Herstellung selbst, also die eigentliche individuelle geistige Arbeit von Anderen für ihn unternommen worden sei, ohne daß von einer Uebertragung des eigentlich den Letzteren zustehenden Autorenrechtes die Rede sein könne. Dasselbe gelte von der später veranstalteten vermehrten Ausgabe von 1780. Daß das ALR. in den §§ 1021, 1022 I 11 in solchen Fällen dem Buchhändler vom Anfang an das Autorrecht zuspreche, könne nicht entscheiden, weil jedenfalls diese Vorschrift dem gem. R. fremd gewesen sei.

Allein auch dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Denn daß die angezogenen Bestimmungen des ALR. keine ganz neuen gewesen seien, vielmehr in den gangbarsten Anschauungen des damaligen Rechtszustandes ihre Quelle gehabt haben, könnten schon die lange vor dem Erscheinen des ALR. von Buchhändlern mit Hülfe von einzelnen Schriftstellern herausgegebenen Zeitschriften und anderen Sammelwerke beweisen. Auch Pütter sagt in seiner oben erwähnten Schrift aus dem Jahre 1774 § 34 Nr. II: „Nicht selten machen Buchhändler selbst Entwürfe, was sie gern für Bücher ausgearbeitet haben möchten, wozu sie dann gewisse Schriftsteller aussuchen und durch ordentlich Kontrakte dingen;" und empfiehlt den Schriftstellern, indem er das Vorurtheil derselben bekämpft, sich solchergestalt gleichsam „als Miethlinge" der Verleger gebrauchen zu lassen, lieber die Vortheile ihres Fleißes mit dem Verleger zu theilen. In gleicher Weise sagt Schmid in seinem Werke: „der Büchernachdruck rc. Jena 1823" Seite 83, gestützt auf Aussprüche von Kant und Fichte aus den Jahren 1785 und 1793: „Dieses Verhältniß (zwischen Schriftsteller und Verleger) verändert sich nur wenig bei solchen Werken, deren Entwurf von dem Verleger ausgeht; denn immer bleibt doch der Verfasser der eigentliche Eigenthümer und wenn etwa die Form des Ganzen ein Gedanke des Verlegers ist, wie dieses bei Sammlungen, periodischen Schriften und dergleichen der Fall ist, so nimmt doch der Herausgeber nur in gewisser Art an der Autorschaft Theil. Die Verfasser der einzelnen Stücke bleiben zwar Eigenthümer ihrer Beiträge, allein auf das Ganze hat nur derjenige ein Eigenthumsrecht, welchem die Form der Verbindung zu einem Ganzen angehört." Es liegt zu Tage, daß das Letztere noch viel mehr in dem Falle gelten muß, wenn, wie hier, bei einer Sammlung älterer Kirchenlieder von einem Autorrechte an den einzelnen Stücken nicht mehr füglich die Rede sein kann. Ebenso sagt Wächter (a. a. O. Seite 186, Note 12): „Wie bei niederen Arbeiten um Lohn, so kann es auch bei geistigen Arbeiten vorkommen, daß ein Verleger, Besteller, Unternehmer die Anordnung und leitende Idee gab und nur die Ausführung einzelner Arbeiten dem Schriftsteller übertrug. Ist dessen Arbeit nur die eines Gehülfen und bleibt ihm die Autorschaft des Ganzen als solchen fremd, so steht das ursprüngliche Verlagsrecht hieran dem genannten Verleger oder Unternehmer zu."

Ist hiernach also der Schriftsteller, der nach einer von einem Buchhändler angegebenen Idee für diesen ein Werk abfaßt, nur der Gehülfe, so folgt schon nach

---

nicht direkt entschieden; von Bedeutung ist das Erk. nur insofern, als es, ebenso wie jetzt RG. 5 S. 261, annimmt, daß nach § 1019 (vgl. § 5c. Ges. v. 11. Juni 1870) Nachdruck vorliegt, wenn der Verfasser eine neue Ausgabe vor Abnahme der vorräthigen Exemplare der früheren Ausgabe gegen Baarzahlung veranstaltet.

Ueber die Frage, ob der Verlagsvertr. nur nach den Vorschriften der §§ 996 ff. oder auch nach den allgem. Vorschr. der Vertr. über Handl. zu behandeln, vgl. Dernburg und Förster (Eccius) a. a. O. Es wird dabei auf den Inhalt des Vertrages ankommen. Wo, wie beim Kommissionsverlage, der Verlag nicht auf Rechnung des Verlegers geschieht,

gemeinem Sprachgebrauche, daß der Buchhändler als der Autor anzusehen ist, folglich auch das aus dem Autorrechte fließende Verlagsrecht hat. (Vgl. auch E. M. Gräff, Eigenthum des Schriftstellers und Verl. S. 22.) Wie nun hieraus hervorgeht, daß dieses Rechtsverhältniß dem gem. R. keineswegs fremd war, so kann auch die Entstehungsgeschichte der einschlagenden §§ 1021, 1022 I 11 zur Bestätigung dieser Ansicht dienen. Eine jenen §§ entsprechende Bestimmung fand sich nämlich in dem gedr. Entw. zum Allgem. Gesetzb. für die Preuß. Staaten noch nicht. Schon in der Revisio monitorum wurde zwar eine Bestimmung für den Fall vermißt, daß der Verleger über ein erst noch anzufertigendes Werk contrahire (Mater: Vol. LXXX. Bl. 251), allein erst auf ein Promemoria des bekannten Buchhändlers Nicolai wurden die jetzigen §§ 1021, 1022 a. a. O. dem Allgem. Gesetzbuche einverleibt, indem derselbe darauf hinwies, daß dem Buchhändler bei Werken, die er selbst veranstalte und durch Andere bearbeiten lasse, namentlich bei Zeitschriften, sowie bei fortgesetzten Publikationen, dergleichen Voß, Magazin der Reisebeschreibungen, ferner der Gothaische geneal. Kalender seien, unmöglich das Eigenthum abgesprochen werden könne (Vol. LXXI. Bl. 106a, 110—114), ein Beweis, daß die Vorstellung von dem Autorrechte des Buchhändlers an einem nach seiner Idee von einem oder mehreren Schriftstellern gefertigten oder zusammengestellten Werke, wie sie den §§ 1021, 1022 a. a. O. zum Grunde liegt, keine neue, sondern eine der damaligen Zeit völlig geläufige war. Da nun die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Falles in Bezug auf die Sch.'sche Buchhandlung gegenüber dem Altmärkisch-Priegnitzischen Gesangbuche festgestellt worden sind, so hat es auch kein Bedenken haben können, den Sch.'schen Erben das ihnen bestrittene Verlagsrecht an dem gedachten Werke, des Ablaufs des ursprünglichen Privilegiums ungeachtet, zuzusprechen.

3. Hiernächst wendet der App.-Richter ein, daß wenn die Sch.'sche Buchhandlung auch des durch das ALR. gewährten Schutzes für das oft erwähnte Gesangbuch theilhaftig geworden sein sollte, derselbe doch nicht bis zum Erscheinen des Ges. v. 11. Juni 1837 fortgedauert habe. Denn nach den §§ 996 ff. I 11 ALR. werde als Grund des Verlagsrechtes ein zwischen dem Verfasser und dem Buchhändler geschlossener Vertrag vorausgesetzt und das auf diese Weise erworbene Recht daure nur so lange fort, als a. der Verfasser noch existire, oder das Recht neue Ausgaben zu veranstalten seinen Erben vorbehalten (§§ 1020, 1029 a. a. O.), oder b. dem Buchhändler das Recht neue Ausgaben zu veranstalten ausdrücklich übertragen habe (§§ 1016, 1029 a. a. O.), endlich c. im Falle des Erlöschens der ursprünglichen Verlagsbuchhandlung nur noch so lange, als Kinder ersten Grades des ursprünglichen Verfassers vorhanden seien (§ 1030 a. a. O.). Da nun keiner dieser drei Fälle beim Erscheinen des Ges. v. 11. Juni 1837 erweislich noch vorgelegen habe, so sei jedenfalls damals das Sch.'sche Verlagsrecht an dem fraglichen Gesangbuche bereits erloschen gewesen.

Allein diese ganze Argumentation fällt von selbst, wenn, wie gezeigt worden, die Sch.'sche Buchhandlung ihr Verlagsrecht auf das fragliche Gesangbuch nicht auf einen mit dem Autor geschlossenen Vertrag, sondern auf das eigene Autorrecht ihrer früheren Inhaber stützt, weil die angezogenen §§ 1016, 1020, 1029, 1030 a. a. O. überall nur den Zweck verfolgen, das dem Buchhändler vom Schriftsteller vertragsmäßig übertragene Verlagsrecht zu Gunsten des Schriftstellers und dessen Erben zu beschränken, mithin auf den hier vorliegenden Fall nicht anzuwenden sind, in welchem der Buchhändler das Autorrecht von Anfang an selbst gehabt hat. In einem solchen Falle kann nach § 1029 a. a. O. nur angenommen werden, daß das ursprünglich

---

OHG. 16 S. 248, 251, kann ein reiner Vertrag über Handlungen, aber kein Verlagsvertrag im Sinne des ALR. angenommen werden, der neben der Uebernahme der Publikation des Werks als Hauptgegenstand die Uebertragung des Verlagsrechts, der Befugniß des Autors an dem Werke, voraussetzt. Soweit es sich um Uebertragung dieses Rechts handelt, erscheint diese als die Hauptsache, nicht die Handlungen, die der Verleger oder der Verfasser vorzunehmen hat. Dadurch rechtfertigt sich denn die Ausschließung der Anwendung des § 408 I 5.

Ueber die verschiedenen Gestaltungen, die der Verlagsvertr. annehmen kann, vgl. noch OHG. 16 S. 247; 18 S. 57.

vom Buchhändler erworbene Verlagsrecht so lange dauert, als die Buchhandlung desselben noch vorhanden ist, ein Satz, den auch Pütter (a. a. O. § 73), als im gem. R. anerkannt, bezeichnet. Da nun die Sch.'sche Buchhandlung nicht nur beim Erscheinen des Ges. v. 11. Juni 1837, sondern auch zu der Zeit, wo der Nachdruck des Angeklagten erschien, noch existirt hat, so muß ihr unbedenklich der Schutz jenes Gesetzes zu Gute kommen. Ob der angezogene § 1029 I 11 ALR. durch die §§ 5, 6 Ges. v. 11. Juni 1837 und die späteren V. zum Schutze des Autorrechtes v. 5. Juli 1844 (G.S. S. 261), v. 16. Jan. 1846 (G.S. S. 149) und v. 26. Jan. 1857 (G.S. S. 93) eine Beschränkung erlitten habe, kann hier dahingestellt bleiben, weil jedenfalls der Schutz dieser Gesetze zur Zeit, da der vorliegende Nachdruck erschien (1859), der Sch.'schen Buchhandlung noch zu statten kam.

4. Endlich erörtert der App.-Richter noch die Frage, ob eventuell nicht das Verlagsrecht der Sch.'schen Verlagshandlung zu Salzwedel durch die Zwischengesetzgebung des vormaligen Königreiches Westphalen, welcher die Altmark und die Stadt Salzwedel unterworfen gewesen, aufgehoben worden sei. Er neigt sich für die Bejahung dieser Frage, weil der Code pénal, der in den Art. 425 ff. Strafbestimmungen gegen den Nachdruck enthalte, im Königreiche Westphalen nicht eingeführt worden sei, der Code civil, dessen Einführung stattgefunden, aber von Verlagsrechten gar nicht spreche, überdem die in den Westphälischen Gesetzbülletins enthaltenen verschiedenen Nachdrucks-Privilegien darthäten, daß es einen anderen wirksamen Schutz gegen Nachdruck, als durch Privilegien nicht gegeben habe.

Auch diese Argumentation findet ihre Widerlegung schon in dem oben zu 1. hervorgehobenen Umstande, daß die Privilegien nicht zur Begründung, sondern nur zum (besseren) Schutze schon anderweit begründeter Verlagsrechte gedient haben, um dem Verleger, wie die Leipziger Juristenfakultät sagt, gegen etwaige Nachdrucker „paratam executionem" zu verschaffen, weshalb dergleichen Privilegien dann auch in Preußen noch während der Jahre 1826-1842 (s. das Register zur G.S. für 1806—1863 S. 640), also lange nachdem das ALR. dem Verlagsrechte schon einen gesetzlichen Schutz gewährt hatte, noch verliehen worden sind. Eines der vom App.-Richter angeführten Westphäl. Privilegien, welches unterm 28. Jan. 1809 einem Friedensrichter Willigerode auf ein von ihm verfaßtes Werk ertheilt worden ist, spricht diesen Grundsatz sogar selbst aus, indem es außer anderen Gründen für seine Bewilligung hervorhebt, daß das erwähnte Werk Eigenthum seines Verfassers sei. Ein solches Eigenthum kann auch in der That wenigstens für die von Preußen an das vormalige Königr. Westphalen abgetretenen Landestheile nicht bestritten werden, weil für diese ja der strafrechtliche Titel des Preuß. ALR., folglich die auch schon erwähnten §§ 1294 ff. desselben, die den Nachdruck mit Strafe bedrohen und ein Verlagsrecht voraussetzen, bestehen geblieben war (cfr. Art. 111 der [westphäl.] peinlichen Prozeßordnung v. 19. Aug. 1808).

Nr. 221. §§ 1037—1039, 1040—1045, 1046—1057, 1058 bis 1062, 1070—1075, 1076—1086, 1087, 1088. (I 16 §§ 98, 381—393.) Schenkung. Begriff. Objekt. Schenkung eines ganzen Vermögens. Wirkung.*)

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 365, 366, 368; Dernburg 2 §§ 161, 163, 66; Förster (Eccius) 2 § 122; VO. § 38. — Der Begr. der Schenkung ist im Preuß. R. wie im Röm. u. gem. R. von Bedeutung wegen der Beschränkungen, denen sie durch die Formvorschrift, § 1063, das Ges. v. 23. Febr. 1870 (GS. S. 118), und die Bestimmungen über den Widerruf unterliegt. Dazu treten die Bestimmungen über die Anfechtung im u. außerh. des Konkurses, Ges. v. 21. Juli 1879 § 3 Nr. 3, 4; KonkO. § 25 Nr. 1, 2, § 56 Nr. 4, die Vorschrift in § 434 der Preuß. KonkO. bez. § 749 Nr. 3 CPO. Letztere Vorschriften

a. Erk. v. 27. Febr. 1846; ObTr. 13 S. 182.

b. Erk. v. 17. April 1841; Präj. 1004; ObTr. 7 S. 88.

c. Erk. v. 26. März 1860; ObTr. 43 S. 128.

Im Falle a. hatte der Beklagte dem Kläger einen Revers ausgestellt, in welchem er ihm bescheinigte, dass er bereit, ihn während seiner Beschäftigung als Civilsupernumerar drei Jahre zu unterhalten. Nachdem Kläger im Hause des Bekl. einige Zeit Wohnung und Kost erhalten und in Folge schlechter Behandlung das Haus verlassen, klagte er auf Zahlung einer Summe monatlich zur Beschaffung seines Unterhalts. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. hatte B. eine auf dem Grundstücke der Tochter seiner Stieftochter, die er als Pflegekind aufgenommen, eingetragene Hypothek aus eigenen Mitteln bezahlt, vom Gläubiger gerichtliche Quittung erhalten, diese und das Dokument der Pflegetochter ausgehändigt. Nach seinem Tode klagte seine Wittwe und Erbin auf Erstattung des Gezahlten, wogegen Beklagte Schenkung einwendeten. Das ObTr. hat mit dem 2. Richter verurtheilt. — Im Falle c. hatte die Wittwe L. in einer gerichtl. Verhandlung ihrer Enkelin zur Belohnung für langjährige liebevolle Pflege ihr gesammtes Vermögen, wie es zur Zeit ihres Todes sein werde, dergestalt geschenkt, dass es mit dem Tode ihr Eigenthum sein sollte. Der Erbschaftskäufer ihres einzigen Sohnes und Intestaterben focht die Schenkung als ungültig an. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Der App.-Richter, welcher zuvor den Inhalt des documenti ex quo vollständig wiedergegeben und dabei bemerkt hat „dieses Dokument habe der Kläger beim Königl. OL. zu Königsberg beigebracht, und infolgedessen sei er als Civil-Supernumerarius bei demselben angestellt worden", erklärt das vorliegende Rechtsverhältniß für einen lästigen Vertrag, bei welchem die blos schriftliche Form zureiche. Für eine Schenkung glaubt er das Geschäft nicht ansehen zu können, weil die gedachte Erklärung der Dienstbehörde des Klägers gegenüber ausgestellt sei, welche denselben eben nur unter jener Bedingung als Supernumerar beschäftigt habe. Im Interesse dieser Behörde, fügt der Richter weiter hinzu, liege es, daß der Kläger hinlänglichen Unterhalt genieße, und es könne ihr nicht gleichgültig sein, diese Subsistenzmittel dem Kläger entzogen zu sehen, durch die er allein in den Stand gesetzt werde, sich zum Beamten auszubilden. Ebensowenig könne es der Dienstbehörde zugemuthet werden, den Kläger ohne Weiteres zu entlassen, weil sie sonst die auf seine Ausbildung verwendete Mühe verschwendet haben würde. Zudem

---

treffen freigebige Verfügungen überhaupt. Innerhalb dieses weiteren Begriffs ist Schenkung im engeren Sinne, wie ihn auch das ALR. nach § 1037, 1038, 1040, 1090 und den Bestimmungen über die Folgen des Widerrufs faßt, das Rechtsgeschäft, welches die freiwillige unentgeltliche Uebertragung des Eigenthums einer Sache oder eines Rechts auf einen Anderen zum Inhalt hat. Nach §§ 388, 393 I 16 steht aber die unentgeltliche Entsagung eines erworbenen Rechts der Schenkung gleich. Nur auf die Schenkung in diesem Sinne können die Bestimmungen dieses Abschn. bezogen werden, namentlich bezüglich der Form und des Widerrufs. In diesem Sinne fällt nicht unter die Schenkung die schenkungsweise Bezahlung oder Expromission fremder Schuld, §§ 45, 46 I 16, die Bereicherung durch Handlungen und Dienstleistungen, § 874 I 11; §§ 232, 233, 280 I 13, Erbschafts- und Vermächtnißentsagung. Auf diesen Unterschied zwischen Schenkung im engeren Sinne und Freigebigkeit im weiteren Sinne verweist und auf demselben beruht das Erk. b. Der zu I 16 mitgetheilte PlBeschl. v. 24. Febr. 1840 begründet für den Erlaß die Unanwendbarkeit der Formvorschrift des § 1063 h. t. Gemeinsam ist dem weiteren und engeren Begriff das Moment der Liberalität, d. h., daß im Gegensatz zum onerosen Geschäft aus dem Rechtsgeschäft, aus welchem erworben, dem Anderen keine Gegenleistung gebührt, §§ 7, 8 I 5. Vgl. OHG. 10 S. 26 unt. Nr. 70, Bd. 1 S. 275. Darauf beruhen die §§ 1053 ff. über die don. sub modo, wo die Promission als vertragsmäßige Gegenleistung für die Uebernahme der Erfüllung der Bedingung oder des Zwecks erscheint, was aber voraussetzt, daß es sich um einen modus qualif. im Gegensatz zum mod. simplex, dem mod. zum Vortheil des Em-

habe aber auch der Verklagte nicht blos die Schrift v. 5. Juli 1843, sondern ausdrücklich seine damit übernommene Verpflichtung zum Unterhalt des Klägers, wenn gleich mit der Beschränkung auf den Mittagstisch anerkannt, § 185 I 5 ALR. Beide Gründe ficht der Implorant an, und in der That ist auch keiner von ihnen haltbar. 1. Nach dem Thatbestande, wie er im App.-Urtel selbst enthalten ist, hat der Implorant dem Kläger eine Bescheinigung ausgestellt dahin: „daß er bereit sei, ihn während seiner Beschäftigung als Civil-Supernumerarius bei dem ObL.-Gericht zu Königsberg drei Jahre hindurch zu unterhalten.“ Eine Gegenvergütigung ist nicht stipulirt; und selbst der App.-Richter, der nichts anführt, wonach das Versprechen aufhörte, ein unentgeltliches zu sein, scheint das Geschäft, sofern blos auf die Person der Litiganten gesehen wird, für ein rein wohlthätiges anzuerkennen. Eben deshalb zieht er aber die Dienstbehörde des Klägers mit ins Spiel, und diese macht er sogar zur Kontrahentin, ohne indessen etwas Anderes dafür anzuführen, als daß der Kläger jene Bescheinigung bei ihr eingereicht und infolgedessen als Supernumerar zu den Arbeiten bei ihr zugelassen sei. Mit vollem Recht bezeichnet der Implorant dies als eine Verkennung der Natur und des Charakters des Geschäfts. Es ist und bleibt immer ein unentgeltliches Alimentenversprechen, donatio alimentorum. Niemand übernahm eine Verbindlichkeit, als der Implorant, und zwar nur gegen den Kläger. Daß der Implorant direkt mit dem ObL.-Gericht zu Königsberg verhandelt und sich zu einer Leistung an diese Behörde verpflichtet habe, sagt der App.-Richter selber nicht. Wäre aber das ObL.-Gericht in der That der eigentliche Promissar, so fehlte es doch einerseits nicht nur wiederum an einer zivilrechtlichen Verpflichtung dieser Behörde zu einer Gegenvergütung an den Imploranten; denn der App.-Richter selbst spricht dem Imploranten ein Klagerecht gegen das ObL.-Gericht auf dreijährige Beschäftigung und demnächstige Anstellung des Klägers nirgend zu. Andererseits aber würde dann auch nur das ObL.-Gericht das ausschließliche Recht zur Klage gegen den Promittenten auf ordnungsmäßige Entrichtung von Kost und Wohnung haben, selbst wenn der zu Verpflegende mit der wirklich gegebenen, vielleicht sehr schlechten Kost und Wohnung zufrieden wäre, oder gar darauf verzichtete. Man ersieht hieraus, daß der App.-Richter die Art und Natur des Interesses, welches die Staatsbehörden allerdings an der Nachweisung gehöriger Subsistenzmittel seitens der angehenden Beamten in dem Stadium ihrer Ausbildung wahrzunehmen haben, gänzlich verkennt; dieses Interesse ist ein rein publizistisches, disziplinarisches, aber durchaus kein zivilrechtliches. Mögen sie, um die Anfechtung

---

pfängers, handelt, ein Gegensatz, der auch aus §§ 1053, 1054, 1056 hervorgeht. Vgl. Nr. 70, Bd. 1 S. 272. Auf diesem Gedanken beruhen auch die §§ 1048—1050 h. t. Vgl. über diese Nr. 92, Bd. 1 S. 384 Erk. a., und StrA. 66 S. 159; 67 S. 70; 88 S. 332; 99 S. 168; 80 S. 357; 83 S. 308; ObTr. 41 S. 22 (StrA. 34 S. 68) unt. Nr. 92, Bd. 1 S. 394, 395. Darum fällt auch nicht blos nach dem System des ALR., sondern, weil ihr jenes Moment der Onerosität fehlt, die belohnende (remuneratorische) Schenkung, §§ 1169 ff., unter die Kategorie der freigebigen Verfügungen im Sinne der KonkO. u. des Anfechtungsgesetzes. Denn auch bei ihr geht nicht aus dem Dienst oder der löblichen Handlung der Anspr. auf das Geschenkte oder Versprochene als Gegenleistung hervor oder umgekehrt, sondern der Dienst, die Handlung ist nur das Motiv der Schenkung, § 1175; ObTr. 62 S. 356 (StrA. 76 S. 87), der in § 1177 hervorgehobene Gegensatz beweist das klar. Ein Beispiel, wie der Mangel der Onerosität für den Begr. der Schenkung entscheidend, giebt das Erk. a. Aehnlich StrA. 49 S. 245. A. hatte in schriftl. Reverse seiner Tochter Zahlung von 150 nach Jahresfrist mit der Bestimmung versprochen, daß sie verpflichtet, sich dieselben nach seinem Tode auf ihr Erbtheil anrechnen zu lassen. Das ObTr. hat die Klage aus dem Reverse beim Mangel der gerichtl. Form abgewiesen, weil reines Schenkungsversprechen vorhanden, die Tochter ohne Gegenleistung, ohne Entgelt, ohne Verpflichtung zur Rückerstattung, §§ 327, 312, 303 ff. II 2, erhalten, die Verpflichtung zur Anrechnung kein modus im Sinne § 1053 h. t. Jn OHG. 12 S. 67 hatte sich ein Bankhaus zur Hergabe des Baukapitals für eine projektirte Eisenbahn erboten, wenn es bis auf $^{1}/_{3}$ der Summe Garantieversprechen erhalte. Das Komitee hatte zur Zeichnung von Summen, für welche ihm gegenüber die Garantie übernommen, mit der Ermächtigung, dem Bankhause die

solcher Alimentenversprechungen aus Gründen, wie hier, abzuwenden, auf die Einbringung gerichtlicher Zusicherungen halten, wofern die sonstigen Verhältnisse sie nicht überflüssig machen. 2. An der Stelle in der Klagebeantwortung, in welcher der App.-Richter das verpflichtende Anerkenntniß des Verklagten findet, erklärt derselbe, „er erkenne seine unter dem 5. Juli 1843 schriftlich abgegebene Verpflichtung zum dreijährigen Unterhalte des Klägers an." Er fügt aber sofort hinzu: „nur auf den Mittagstisch gehe sein Versprechen. Diesen in natura verweigere er dem Kläger auch jetzt noch nicht, zu Geldzahlungen könne er sich jedoch keinenfalls verstehen." Diese Zusätze führt der App.-Richter selbst mit an, und danach ist es völlig unmöglich, jene prozessualische Auslassung des Imploranten für einen Akt anzusehen, durch welchen der Verklagte seine Verpflichtung, dem Kläger die Alimente unbeschränkt, selbst über den Mittagstisch hinaus und in Gelde zu geben, habe begründen und beziehungsweise bestärken wollen, da er solches ja gerade verneint. Jedenfalls verstößt aber der App.-Richter, wenn er dennoch ein wirksames Anerkenntniß in jener Auslassung findet, gegen die Vorschrift § 185 I 5 ALR. Mit vollem Recht hebt Implorant hier hervor, diese Vorschrift setze voraus, erstlich: auf Seiten des Erklärenden den animum sese obligandi als noch gegenwärtig vorhanden, und gerade jetzt zu beurkunden, und zweitens: daß ein mündlicher Vertrag über einen blos der schriftlichen Abfassung bedürfenden Gegenstand vorliege.

Erklärt Jemand, der aus einer schriftlichen Schenkungsurkunde auf Uebergabe belangt wird: er erkenne das schriftlich abgelegte Schenkungsversprechen an, halte sich aber aus andern Gründen für berechtigt, gar nicht, oder nur in einer gewissen Art zu erfüllen, so kann ihn der Kläger und bezw. der Richter nicht etwa bei jenem Zugeständniß eines rein historischen Moments festhalten, sollte er auch die Gründe, aus denen der Verklagte seine Nichtverpflichtung behauptet, verwerfen. Er kann dies zuvörderst schon aus demselben Grunde nicht, aus welchem er auch gleich Anfangs, unmittelbar nach Ablegung jenes Zugeständnisses, keine Agnitionsresolution erlassen könnte, weil diese nämlich auf Seiten des Verklagten jedenfalls den offen und klar ausgesprochenen Willen, der Klage zu entsprechen, voraussetzt. Sodann aber kann der Verklagte, sofern er nur überhaupt seinen Widerspruch gegen die Klage, seinen Nichtwillen, die Schenkung zu erfüllen, vor dem Richter erklärt hat, noch zu jeder Zeit rügen, daß dieselbe ja von Anfang an gesetzlich ungültig sei, wegen mangelnder gerichtlicher Form.

Auch das Urtel erster Instanz ist, soweit es den Verklagten verurtheilt, nicht zu rechtfertigen. Der Verklagte focht das Versprechen ausdrücklich als unverbindlich

---

Rechte aus der Garantie abzutreten, aufgefordert und das Bankhaus nahm später aus solchen Garantiescheinen die Zeichner in Anspruch. Die Einrede, daß die Garantiescheine nichts als Schenkungsversprechen, ist verworfen, weil das Garantieversprechen nicht blos für das Bankhaus, sondern im eigenen Interesse, um sich die Vortheile des Unternehmens zu verschaffen, abgegeben, deshalb die Natur lästiger Verträge hätte, § 1053 h. t. Vgl. auch den Fall StrA. 9 S. 192 unt. Nr. 207, Bd. 2 S. 174 (Schenk. unter der Form des Leibrentenvertrages ohne wirkliche Gegenleistung).

Streitig ist, ob die Morgengabe, § 207 II 1, als Schenkung anzusehn. Unter den weiteren Begriff der freigebigen Verfügung fällt sie gewiß, wo sie nicht provinzialrechtlich als gebotene Leistung erscheint. Vgl. darüber ObTr. 12 S. 304; OHG. 21 S. 292 zu II 1.

Der Begriff erfordert sodann, wie §§ 1041 (gesetzl. verbindende Pflicht), 1043, 1044, 1046, 1047, 1040 ff. ergeben, die freiwillige Bereicherung in der Absicht zu bereichern. Freiwillig ist die Bereicherung nicht, wo sie gesetzlich geboten, §§ 1046, 1047 h. t. II 2 §§ 231 ff., 245, 288, 292 u. daselbst ObTr. 20 S. 284; 77 S. 186 über die Ausstattungspflicht. Von demselben Gesichtspunkte aus hat die Praxis kein Bedenken getragen, daß der Begr. der Schenkung und die gesetzl. Vermuthung für die Schenkung, § 1043 h. t., in dem Verhältniß zwischen den öffentlichen nach dem Gesetz oder ihren Statuten zur Unterstützung verpflichteten Armen- und Pflegeanstalten und ihren Pfleglingen fortfällt. Der animus recipiendi wird hier für den Fall angenommen, daß der Arme zu Vermögen gelangt. Vgl. darüber ObTr. 11 S. 413; 66 S. 240 (StrA. 86 S. 42); StrA. 64 S. 94 zu II 19 §§ 50 ff.

Die Absicht zu bereichern, animus don., verlangt nichts als den Willen, daß das Ge-

an, weil es eine reine Schenkung enthalte, und nicht gerichtlich erklärt sei. Darin ist ihm beizustimmen. Es ist für einen lästigen Vertrag in keiner Hinsicht anzusehen. Dies ist schon oben gezeigt. Es kann ferner auch nicht etwa der § 1053 I 11 zur Anwendung gebracht werden. Denn der Verklagte gab dem Kläger die Unterstützung blos auf dessen Bitten, weil er derselben während seiner Ausbildung zum Zivildienst benöthigt sei. Zu dieser Ausbildung war der Kläger bei sich selbst bereits entschlossen, nicht aber hat ihn der Verklagte dazu durch ein Anerbieten seinerseits erst zu bestimmen gesucht. Blos weil der Kläger Ursache hatte, die Unterstützung zu wünschen, und lediglich in seinem Interesse erbat und erhielt er die schriftliche Erklärung v. 5. Juli 1843. Es liegt überhaupt nicht das Geringste vor, wozu der Kläger sich gegen den Verklagten verpflichtet hätte, und daher kann von einem lästigen Vertrage nicht entfernt die Rede sein.

Gründe: b. Von einer Schenkung im eigentlichen Sinne kann überhaupt nicht die Rede sein. Hat B. für den Verklagten und dessen Ehefrau eine Schuld berichtigt, und ist er dadurch ihr Gläubiger geworden, so kann unter Umständen allerdings ein unentgeltlicher Erlaß dieser Schuld stattgefunden haben. Etwas Anderes will der Verklagte auch wohl mit jenem Einwande nicht sagen. Daß ein solcher Erlaß in zurechtbeständiger Weise wirklich stattgefunden habe, ist indeß nicht nachgewiesen.

Zuvörderst soll B. die vorgebliche Schenkung gegen den K. zugestanden haben; dies ist aber nicht bestätigt worden. Sodann will der Verklagte aus dem Umstande, daß seine Ehefrau die Stiefenkelin und zugleich die Pflegetochter des B. gewesen ist, eine gesetzliche Vermuthung für die angebliche Schenkung ableiten; allein die Bestimmungen der §§ 1040 bis 1045 I 11, worauf diese Behauptung nur beruhen kann, müssen hier ganz außer Anwendung bleiben. Die bezeichneten persönlichen Verhältnisse zwischen der Ehefrau des Verklagten und dem Erblasser der Klägerin sind nicht solche, unter denen die angeführten Gesetze die Vermuthung einer Schenkung eintreten lassen. Abgesehen hiervon, erwähnen aber auch jene §§ nur des Gebens von Sachen und Geldern, und setzen mithin eine körperliche Uebergabe voraus; an einer solchen fehlt es jedoch, wenn das zum Besten eines Andern verwandte Geld demselben nicht überliefert, sondern damit nur für ihn eine Schuld an einen Dritten bezahlt wird. In dem letzteren Falle tritt der Zahlende vermöge des Gesetzes in die Rechte des bezahlten Gläubigers, und um dieses Verhältniß zwischen

---

gebene ohne Entgelt dem Anderen verbleibe. Davon ist nicht die Rede, wenn ein Großjähriger die in der Minderjährigkeit kontrahirte Schuld anerkennt, StrA. 33 S. 56, auch nicht bei Anerk. oder Zahlung verjährter Schuld. In beiden Fällen ist die Gegenleistung in der früheren Schuld enthalten. Das Motiv ist rechtlich gleichgültig. In OHG. 16 S. 184 hatte A., nachdem B. ihm behufs Abwendung des Konkurses über das Vermögen des A. 50 Prozent seiner Forderung erlassen, später Zahlung dieses unberichtigt gebliebenen Betrages versprochen. Der 2. Richter nahm, als B. auf Zahlung klagte u. A. sich auf die Formlosigkeit des Schenkungsversprechens bezog, an, daß Schenkung nicht vorliege, weil A. nur seinen Kredit habe verwahren und seine kaufm. Ehre wahren wollen. Das OHG. führt aus, daß § 1039 dadurch verletzt, weil es für den Begr. der Schenkung auf den Bewegungsgrund, der sehr verschieden sein kann, nicht ankomme. Vgl. auch ObTr. 83 S. 10, Nr. 224.

Die Absicht zu schenken wird nicht vermuthet, § 1040. Sie muß regelmäßig, wie aus der Natur der Schenkung als Rechtsgeschäft folgt, als Inhalt der Willenserklärung irgendwie zum Ausdruck gebracht oder aus den Umständen zweifellos zu entnehmen sein, § 1045, woraus natürlich nicht folgt, daß der Besitzer, für den nach § 179 I 7 die Redlichkeit u. Rechtmäßigkeit spricht, den Beweis, daß geschenkt, zu führen hat, wenn er Schenkung behauptet. So StrA. 92 S. 177, wo der Bekl. auf Herausgabe eines Rentenbriefs mit der Behauptung, daß er ihn aus dem Nachlaß des Erblassers des Klägers entwendet, belangt, behauptete, daß er ihn vom Erblasser geschenkt erhalten. Der 2. Richter verurtheilte ohne Weiteres auf Grund § 1040 h. t. Das ObTr. hat vernichtet und dem Kläger den Beweis der Entwendung auferlegt. Aehnlich wie im röm. R., l. 34 D. 3, 5; l. 50 D. 10, 2; l. 1 § 11 C. 2, 19; RG. 10 S. 117, nimmt das ALR. solche Umstände an und schließt daraus die Absicht zu

dem Zahlenden und dem Schuldner zu lösen, reicht es nicht hin, daß zwischen Beiden ein Verhältniß besteht, welches für das Geben von Sachen und Geldern die Vermuthung der Schenkung begründet, vielmehr bedarf es dazu noch einer anderweitigen geeigneten Thatsache.

Nun beruft sich zwar der Verklagte ferner darauf, daß die bezahlte hypothekarische Obligation nebst der Quittung der Kirchenkasse ihm und seiner Ehefrau von dem B. mit den Worten ausgehändigt worden: er, Verklagter, habe über das Geld freie Disposition; allein auch dieser Umstand ist ohne rechtliche Bedeutung. Auf den § 98 I 16 ALR. darf sich der Verklagte nicht berufen. Denn wenn auch Erlaß im Allgemeinen unzweifelhaft zu den Arten gehört, wie Verbindlichkeiten aufhören und somit getilgt werden: so versteht es sich doch von selbst, daß nur ein zurechtbeständiger Erlaß geeignet ist, die Tilgung einer Schuld zu bewirken.

Im vorliegenden Falle hat jedoch der Verklagte selbst eingeräumt, daß die Rückgabe der hypothekarischen Obligation nur von einer mündlichen Erklärung begleitet gewesen sei; der Erlaß ist daher nicht in rechtsgültiger Form erfolgt, da derselbe nicht blos nach § 381 I 11 einer ausdrücklichen, sondern nach § 134 I 5 bei Gegenständen über funfzig Thaler auch einer schriftlichen Erklärung bedarf. Der § 387 I 16 verordnet zwar: „Soweit ein Vertrag, der blos mündlich erfolgten Abschließung ungeachtet, gültig ist, soweit ist es auch eine mündliche Entsagung," — und der Verklagte hält auf Grund dieser Vorschrift, sowie des § 393 ebend. den § 1065 I 11 ALR. im vorliegenden Falle für anwendbar, indem er behauptet, daß danach wegen Ermangelung eines schriftlichen Vertrages die ihm ausgeantwortete Obligation nicht zurückgefordert werden könne. Diese Schlußfolge ist indeß unrichtig. Der § 1065 I 11 a. a. O. erklärt unter der darin näher bezeichneten Voraussetzung nur die gerichtliche Abschließung des Vertrages für unnöthig; einer solchen würde es aber im vorliegenden Falle ohnehin nicht bedurft haben. Denn der Meinung des App.-Richters, daß nach § 393 I 16 unentgeltliche Entsagungen, gleich den Schenkungen, der gerichtlichen Form zu ihrer Rechtsbeständigkeit bedürfen, kann nicht beigepflichtet werden, da der gedachte § die unentgeltlich geschehenen Entsagungen den Schenkungen nur in Betreff der Wirkungen, nicht aber in Betreff der Form, gleichstellt. Vgl. PlBeschl. v. 24. Febr. 1840, ObTr. 5 S. 261.*) Dagegen

*) Zu §§ 393, 387, 98 I 16.

schenken bei dem vorbehaltlosen Geben unter dem in §§ 1041—1044 bezeichneten Personen. Nach Präj. 260 u. StrA. 60 S. 246 soll § 1042 nur Beispiele bezeichnen, demgemäß auch auf das Verhältniß zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern anzuwenden sein. Vgl. auch StrA. 73 S. 204 weiter unten (Vaterbruder). Aber festgehalten ist an dem Satz des Erk. b., daß die Vermuthung auf eigentl. Schenkung durch Geben zu beschränken, nicht auf Bezahlung fremder Schulden, §§ 45, 46 I 16, auszudehnen, wo das Gesetz selbst die Vermuthung dadurch ausschließt, daß es den Zahlenden ex lege Gläubiger werden läßt, sei es, daß er auf Mandat, oder als neg. gestor handelt. Dasselbe muß für die Befreiung durch Expromission gelten, §§ 405, 406 I 14. Ebenso wie Erk. b. auch StrA. 6 S. 331; 44 S. 84. Noch weniger kann § 1042 Anwendung finden, wo nichts gegeben oder geleistet, sondern nur passiv neg. gestio geduldet oder die Einforderung der Schuld unterlassen, weil Unterlassen kein Geben, als Erlaß ausdrückliche Erklärung erfordert wird. So StrA. 57 S. 222, wo der Altsitzer von seiner pflichtigen Tochter Entschädigung für eine eiserne Kuh, Weide, Futter, Stallung für eine Reihe von Jahren forderte, der 2. Richter, was offensichtlich verfehlt, lediglich abwies, weil Schenkung zu vermuthen. Dagegen ist die Vermuthung der §§ 1041, 1042 nach §§ 231—233, 280 I 13 auch auf Leistungen anderer Art als Geben von Sachen angewendet. Nach §§ 121 ff., 254 II 2 fällt der Anspruch auf Vergütung für Dienstleistungen im Hause der Eltern durch Kinder in väterl. Gewalt und selbst nach aufgehobener Gewalt, wenn sie im Hause ernährt werden, fort; § 254 II 2 beruht auf § 1042 h. t., StrA. 94 S. 183. In StrA. 60 S. 246 ist der § 1042 auch gegen die Schwiegertochter angewendet, die mit dem Manne in der Wirthschaft der Schwiegereltern Dienste leistet. Dies kann sich aber anders gestalten, wo kein Zwang zur Ernährung des Kindes durch die Eltern vorliegt,

bleibt für den Erlaß bei Gegenständen über funfzig Thaler die schriftliche Erklärung nach den vorher angeführten Gesetzstellen die nothwendige Form. Abgesehen von dem eben Angeführten kann der § 1065 I 11 auf den Erlaß einer Schuld aber auch um deswillen nicht angewendet werden, weil diese Vorschrift ebenso, wie die §§ 1040—1045 a. a. O., die Uebergabe einer beweglichen Sache oder Summe voraussetzt. Nun ist zwar die über die bezahlte Schuld sprechende Obligation dem Verklagten von dem B. wirklich übergeben; allein diese Obligation ist nicht als der Gegenstand der Schuld, sondern nur als ein Beweismittel für dieselbe anzusehen, mithin kann von einer Uebergabe der schuldigen und angeblich erlassenen Summe nicht die Rede sein. Die auf die §§ 387, 393 I 16 gestützte Anwendung des § 1065 I 11 muß daher im vorliegenden Fall ausgeschlossen bleiben.

Endlich bieten die §§ 390, 391 I 16 keinen Anhalt für die Entscheidung des Rechtsstreits dar, weil sie nur von dem Erlaß einer nicht durch eigentliche Zahlung zu erfüllenden Verbindlichkeit handeln. Es kann unter diesen Umständen nicht weiter darauf ankommen, daß die Klägerin zwar die Aushändigung der Obligation, nicht aber die nach der Behauptung des Verklagten dieselbe begleitende mündliche Erklärung des Erblassers zugestanden hat, und daß die letztere auch anderweitig nicht erwiesen worden ist.

Gründe: c. Das ALR. setzt in §§ 1087, 1088 I 11 unzweifelhaft eine Schenkung des ganzen Vermögens als zulässig voraus. Der App.-Richter selbst stellt dies auch nicht in Abrede, will aber die Zulässigkeit einer solchen Schenkung nur auf das gegenwärtige Vermögen beschränkt wissen, weil für die unentgeltliche Ueberlassung des dereinstigen Nachlasses, also des künftigen Vermögens durch Vertrag vom ALR. die Form des Erbvertrages vorgeschrieben sei. Diese Ansicht kann jedoch nicht für richtig erachtet werden. Zunächst unterscheiden die allegirten §§ nicht zwischen gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen, sie umfassen vielmehr das ganze Vermögen, also auch das beim Tode des Schenkgebers vorhandene, und sind gerade für dieses mit berechnet. Sodann führt der App.-Richter, gestützt auf Höpfner's Commentar zu den Institutionen, ed. 8 § 410 Nr. 3 und Note 2 und Hellfeld's jurispr. for. ed. 4 § 1691 und not. 4 selbst aus, daß nach gem. R. zur Zeit der Redaktion des ALR. Schenkungen des gesammten künftigen Vermögens für statthaft erachtet worden sind. Selbst Savigny (S. 142 fgd. Bd. 4 des Systems), welcher die Schenkung des ganzen künftigen Vermögens, wie es beim Tode sein werde, lediglich aus materiellen, dem röm. R. eigenthümlichen Gründen

---

weil das Kind arbeitsfähig und Gelegenheit zur Arbeit hat, im Hause nur bleibt, z. B. weil ihm versprochen, daß ihm die Wirthschaft verschrieben werden soll. In solchem Falle ist aus besonderem Umstande, § 1042, der animus recipiendi klar und nachträglicher Vergütungsanspruch zugelassen, wenn die Verschreibung der Wirthschaft nicht stattgefunden, StrA. 60 S. 246. In StrA. 73 S. 204 hatte der Kläger seinen Vaterbruder in sein Haus aufgenommen und Jahre hindurch verpflegt und beköstigt. Beide Instanzen wiesen die Klage gegen den Erben auf Entschädigung ab, weil nach §§ 1041 u. 1042 und da keine Abrede über eine Vergütung getroffen, besondere Umstände und Verhältnisse darzuthun gewesen wären, woraus der animus oblig. u. recip. zu entnehmen. Als solchen Umstand hatte der Kläger geltend gemacht, daß er Schuldner des Erblassers gewesen. Diesen Umstand allein hat auch das ObTr. nicht für geeignet erachtet, die Vermuthung auszuschließen. Dabei ist aber zu beachten, daß der Schuldner dem Gläubiger regelmäßig giebt, um sich zu befreien, es wird deshalb immer sorgfältig zu prüfen sein, ob nicht auch Leistungen anderer Art, als das Geschuldete, zur Abgeltung, event. also animo recip. geleistet. Der Satz in StrA. 18 S. 171, daß der Beweis der Absicht zu schenken durch Eideszuschiebung zu führen, ist sehr bedenklich.

Ueber die hiermit zusammenhängende Frage der Bedeutung der freiwilligen, ohne den anim. oblig. oder recip. erfolgenden Bereicherung auf den Anspruch aus der Bereicherung nach §§ 262 ff., 280 I 13 vgl. dort.

Freigebigkeit liegt ferner nur vor bei Aufopferung aus eigenem Vermögen. In StrA. 42 S. 121 hatten Gläubiger das Gut des Schuldners sequestrirt, ihm aber aus den Erträgen eine bestimmte Summe zu seinem Unterhalte belassen. Als andere Gläubiger diese Summe

für unstatthaft erachtet, weil nämlich die Wirkung einer solchen Schenkung die eines Erbvertrages sein würde, indem sie die Testamentsfreiheit ausschließe und selbst die Möglichkeit, das Vermögen an Intestaterben gelangen zu lassen, dem Schenker nehmen würde, und gerade dies die Gründe der Nichtanerkennung der Erbverträge im röm. R. seien, giebt zugleich zu, daß nach röm. R. die Schenkung einer Quote des künftigen Nachlasses inter vivos statthaft, und daß namentlich nach gem. R. die Zulässigkeit der Schenkung des ganzen künftigen Vermögens statthaft sei, weil nach demselben Erbverträge zugelassen wären, und danach die materiellen Gründe der Unstatthaftigkeit für das gem. R. nicht beständen.

Das ALR., wenn es auch übrigens die gemeinrechtliche Theorie von Schenkungen bedeutend modifizirt, hat doch in dieser Beziehung keine Aenderung vorgenommen. Suarez nämlich wollte in dem Falle, wenn der Schenkgeber bei der Schenkung seines ganzen Vermögens die vorbehaltene Disposition über einzelne Sachen und Summen nicht getroffen hatte, rücksichtlich der letzteren den Erben des Geschenkgebers immer den Vorzug vor dem Geschenknehmer einräumen. Danach war auch der umgearbeitete Entwurf redigirt (cfr. Bornemann, Syst. 2 A. 3 S. 213 Not. 5). Dieselbe Frage kam beim Vertragserben zur Sprache, bei welchem ein Gleiches angenommen war. Suarez bemerkte aber in der revisio monitorum (v. Kamptz, Jahrb. Bd. 52 S. 18): Unter beiderlei Fällen scheint aber doch einiger Unterschied zu sein. Donatio, wenn auch omnium bonorum, ist doch immer nur titulus singularis, sie ist widerruflich, da sie nur mortis causa geschehen kann; es läßt sich also wohl gedenken, daß der Testator, da er sich etwas reservirt und in der Folge darüber nicht disponirt hat, solches seinen Intestaterben habe zuwenden wollen.

Heredis institutio pactitia hingegen ist titulus universalis. Indem der Testator solchergestalt über seinen künftigen Nachlaß disponirt, so muß man annehmen, daß ihm sein Intestaterbe wohl eingefallen sein werde. Wenn er nun die reservirte Sache oder Summe demselben nicht zuwendet, so muß man glauben, daß er den heredem pactitium mehr als ihn geliebt habe, und wenn er auch in der Zwischenzeit Niemand gefunden hat, den er durch Zuwendung der vorbehaltenen Sache oder Summe hat avantagiren wollen, so muß man annehmen, daß er solche seinem heredi pactitio lieber als seinem Intestaterben habe gönnen wollen. Inzwischen ist die Sache allerdings zweifelhaft. Das Conclusum hierauf lautet nur: Wenn die Intestaterben Geschwister und Geschwisterkinder sind, so accrescirt es diesen. Sonst dem heredi pactitio. Hiernach sind die §§ 1087, 1088 eingeschoben, und der § 360 I 12 ALR. ist dahin gefaßt: Ist in dem Erbvertrage die letztwillige Verfügung über eine gewisse Sache und Summe vorbehalten, so

---

angriffen, klagte der Schuldner auf Grund des § 434 der Preuß. KonkO. (§ 749 Nr. 3 CPO.) auf Aufhebung der Beschlagnahme, wurde aber abgewiesen, weil das Moment der Freigebigkeit seitens der Gläubiger fehlte, die aus dem Ihrigen nichts hergegeben.

Rechtsgeschäft ist die Schenkung sowohl als Schenkungsversprechen, welches in § 1037 allein definirt, wie als vollzogene Schenkung; in letzterem Falle bestimmt die Schenkung als Willenserklärung und Titel den Inhalt und die Wirkung des Rechtsakts, in dessen Form die Schenkung auftritt. Als Rechtsakte, welche die Uebertragung des Eigenthums an Sache oder Recht vermitteln, treten namentlich Tradition und Cession auf und wie für diese überhaupt, so gilt auch für die Schenkung Alles, was Willenserklärung, Willens- und Verfügungsfähigkeit und Vertrag, Rechtsgeschäft im Allgemeinen hinsichtlich der Bestimmtheit der Person, des Objekts und für die Perfektion fordern. Ueber Vollmacht zu Schenkungen vgl. § 109 I 13 u. ObTr. 64 S. 78 (StrA. 81 S. 31), das. über die Bedeutung einer Schenkungsvollmacht für die Erben. Bezüglich der Bestimmtheit des Objekts vgl. ObTr. 31 S. 398 (StrA. 18 S. 178), Erk. b. Nr. 73, Bd. 1 S. 283 (Hälfte des Nachlasses), ferner ObTr. 38 S. 89 (StrA. 28 S. 250) unt. Nr. 204, Bd. 2 S. 152 (Schenkung einer bestimmten Summe aus künftiger Erbschaft). Ueber Schenkung durch promissio don. c., Konstituirung eigener Schuld durch den Schenker gegenüber dem Beschenkten als Schenkung, vgl. StrA. 97 S. 45, Erk. b. Nr. 59, Bd. 1 S. 229. So wie ein persönl. R. gegen den Schenker, so kann auch ein dingl. Nutzungsrecht an seinem Grundstück Gegenstand der Schenkung sein, ObTr. 13 S. 234, 239. Die Frage nach der Bestimmtheit des Objekts kommt auch bei der im Erk. c. behandelten Frage der Schenkung eines ganzen gegenwärtigen und künftigen Vermögens in Betracht.

finden deshalb, wenn keine Verfügung getroffen ist, die Verordnungen I 11 §§ 1087, 1088 Anwendung. Aus dieser Entstehungsgeschichte der allegirten §§ ergiebt sich überzeugend, was auch ihr Inhalt ausspricht, daß bei der Schenkung des ganzen Vermögens unter dem letzteren jedenfalls auch das zukünftige, beim Tode des Schenkgebers vorhandene verstanden ist, und es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß auch das zukünftige Vermögen Gegenstand eines Schenkungsvertrages sein kann. Wenn Suarez, wie oben hervorgehoben, erwähnt, die donatio omnium bonorum sei widerruflich, da sie nur mortis causa geschehen könne, so bezieht sich das nur auf den damals vorliegenden Entwurf.

An den Schenkungsvertrag lassen sich nämlich, wie an jeden andern Vertrag, Modifikationen durch Zeitbestimmungen, Bedingungen und dergleichen knüpfen. Eine solche Modifikation liegt in der Schenkung von Todeswegen, „mortis causa“, welche dreifacher Art sein kann. Es liegt darin entweder eine bloße Zeitbestimmung, wenn z. B. die Sache mit der Bestimmung geschenkt wird, daß der Schenknehmer sie erst nach dem Tode des Schenkgebers bekommen soll, oder eine Bedingung, wenn der Todesfall als eine individuelle oder besondere Todesgefahr des Schenkenden aufgefaßt wird, oder endlich ein Beweggrund, causa, als welcher der Todesfall gleichfalls nur bei einer speziellen Todesgefahr in Betracht kommen kann (cfr. Ulrich's Archiv Bd. 4 S. 245 ff.). Diese drei Fälle unterscheidet auch das ALR. in den §§ 1134, 1136, 1138 I 11 und knüpft daran verschiedene Folgen. Hier kommt es nur auf den ersten Fall an, wo der Todesfall des Schenkgebers blos als Zeitbestimmung aufgefaßt wird. Gemeinrechtlich war auch in diesem Falle eine donatio mortis causa vorhanden, welche nur dann wie eine donatio inter vivos wirkte, wenn der Schenkende dabei nicht nur den Widerruf des Geschenks bis zum Tode, sondern auch den Rückfall des Geschenks für den Fall ausschloß, daß der Beschenkte selbst vor ihm mit Tode abging, l. 2 l. 13 § 1 l. 35 § 4 und l. 27 D. 39, 6. Der Entwurf dagegen bestimmte, daß Schenkungsverträge, in denen die Uebergabe des Geschenks erst nach dem Tode des Schenkenden vorbedungen worden, willkürlich widerrufen werden könnten. Ueberhaupt sei eine solche Schenkung lediglich nach den Vorschriften der Gesetze von Vermächtnissen zu beurtheilen. Sei eine Schenkung nur in Rücksicht auf eine bestimmte Todesgefahr gemacht worden, so könne das Geschenk zurückgefordert werden, sobald der Schenkende die Gefahr überlebe (cfr. Bornemann Bd. 3 S. 228). In der revisio monitorum bemerkte Suarez zu diesen Bestimmungen: 1) Statt der röm. Lehre de donationibus inter vivos et mortis causa ist hier eine neue Theorie substituirt, und die Sache blos darauf gerichtet worden, ob die Tradition in vivis oder post mortem dona-

---

In ObTr. 31 S. 398 (StrA. 18 S. 178, Erk. b. Nr. 73 und in dem unt. Nr. 73, Bd. 1 S. 283 erwähnten Erk. StrA. 38 S. 110 geht das ObTr. anscheinend von einer anderen Auffassung aus, als im Erk. c., u. in dem Erk. c. Nr. 205, Bd. 2 S. 159 wird ein Vitalitienvertrag über gegenwärtiges und künftiges Vermögen für rechtsungültig erklärt. Bei dem Erk. c. ist indessen zu beachten, daß die Uebergabe nach dem oder mit dem Tode der Schenkerin erfolgen sollte, was nach § 1134 h. t. bei jeder Schenkung gültig stipulirt werden kann, die Schenkung nicht zu einer disp. mortis c. macht. Damit tritt dann die Bestimmtheit oder die Bestimmbarkeit des Objekts ein. Dagegen wird ebenso wie im Erk. c. Nr. 205 die Möglichkeit einer Schenkung künftigen Vermögens mit der Wirkung, daß es schon jetzt oder mit seinem Entstehn als geschenkt gilt, verneint werden müssen.

Ueber das Erforderniß der (ausdr. oder stillschweigenden) Acceptation der Schenkung für ihre Perfektion vgl. die §§ 1058—1062 h. t., l. 18 D. 12, 1. Vgl. Nr. 75, Bd. 1 S. 288; ObTr. 26 S. 8 unt. Nr. 79, Bd. 1 S. 305, 306 u. StrA. 81 S. 192 für gem. R. Vgl. §§ 43, 51 I 16, §§ 404—406 I 14. Etwas Besonderes enthält § 1061 u. § 1060 h. t. Auf letzteren bezieht sich das unt. Nr. 31, Bd. 1 S. 117, 118 erwähnte ObTr. 47 S. 113. In diesem Falle hatte der Großvater durch gerichtl. Vertr. seiner Enkelin ein Grundstück mit der Bestimmung geschenkt, daß falls sie noch mehr Geschwister erhalten, diese an der Schenkung zu gleichen Theilen partizipiren sollten. Sie erhielt noch Geschwister, die aber starben und von der Mutter beerbt wurden, die als Erbin in dem geschenkten Hause blieb. Die ursprünglich allein beschenkte Enkelin klagte auf Räumung, wurde aber abgewiesen, weil der Vater zugleich für die nascituri acceptirt, § 1060, für welche die Schenkung damit und mit

toris geschehen solle. Dies simplifizirt die Sache ungemein und kupirt alle Subtilitäten und Weiterungen, zu welchen die Theorie des juris rom. Anlaß gab. ꝛc. In Bezug auf diese Bemerkung wurde concludirt: 1) der Unterschied der donationum inter vivos et mortis causa wird ganz aufgehoben ꝛc. Demgemäß lautete der mit dem Marginale „bei Schenkungen von Todeswegen" versehene § 1134 I 11 ALR. Aus dem folgenden § 1135 ist ersichtlich, daß der ausdrücklich vorbehaltene Widerruf nur die Folgen der Schenkung anders bestimmt, daß aber in Bezug auf den Gegenstand der Schenkung für beide Fälle kein Unterschied gemacht ist. Es erscheint daher auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt des Widerrufs die Schenkung des Vermögens, wie es beim Tode des Schenkgebers vorhanden sein wird, zulässig, und nur die Folgen einer solchen Schenkung sind anders bestimmt, je nachdem der Widerruf ausdrücklich vorbehalten ist, oder nicht (cfr. Ulrich's Archiv Bd. 4 S. 249 § 2 A. u. b).

Der wesentliche Unterschied zwischen der donatio omnium bonorum und der Ueberlassung des Nachlasses durch Erbvertrag besteht, wie auch schon Suarez bemerkt, darin, daß die donatio immer nur titulus singularis, die heredis institutio pactitia hingegen titulus universalis ist. Mögen sich nun auch Fälle denken lassen, wo der Schenknehmer besser gestellt sein kann, als der Vertragserbe, so wird dadurch doch der juristische Unterschied zwischen Singular- und Universal-Successor nicht aufgehoben, und noch weniger begründet, daß die Ueberlassung des künftigen Vermögens durch Vertrag nur mittelst Erbvertrages erfolgen dürfe. Wenn der App.-Richter in dieser Beziehung besonders hervorhebt, der Unterschied, daß der Beschenkte nicht Universal-, sondern Singular-Successor sei, stelle ihn insofern günstiger, als einen Erben, daß er, auch wenn er ein Inventar nicht lege, dennoch nie weiter für die Schulden zu haften habe, als das überkommene Vermögen reiche, ja, daß sogar die Anomalie eintreten würde, daß der nicht entsagende Erbe, welcher doch gar nichts erhalte, binnen sechs Monaten ein Inventar legen und wenn er es nicht thäte, noch für denjenigen Theil der Schulden haften müsse, welcher durch den reinen Nachlaß nicht gedeckt werde, so ist dies durchaus nicht entscheidend. Denn die Nachtheile, welche sich der Erbe durch Antritt der Erbschaft und durch unterlassene Einreichung des Inventars zuzieht, werden nicht durch den Schenkungsvertrag, sondern durch seine eigene Nachlässigkeit herbeigeführt, wie dies bei jeder überschuldeten Erbschaft eintreten kann. Ebensowenig begründet ist die Befürchtung, daß die Zulassung einer Schenkung des zukünftigen Vermögens am Todestage des Schenkgebers nur dazu dienen würde, die vom Gesetz vorgeschriebenen strengen

---

der Geburt perfekt geworden. Lediglich auf konkreter thatsächlicher Würdigung beruht StrA. 17 S. 184, wo der Vater nach der Theilung des Nachlasses der ersten Frau in einer gerichtl. Erklärung seinen minorennen Kindern erster Ehe eine Summe zur Auszahlung nach ihrer Großjährigkeit schenkungsweise versprochen, der frühere Theilungskurator acceptirt hatte. Diese Acceptation ist, obwohl die Funktion des Kurators durch die vollendete Theilung beendigt war, für gültig erachtet, weil sie in Bezug auf das Theilungsverfahren stattgefunden, indem sich herausgestellt hatte, daß bei diesem der Vater das Vermögen der Frau zu niedrig angegeben und die Kinder verkürzt hatte.

Ueber die Wirkungen des Schenkungsversprechens und der vollzogenen Schenkung enthalten die §§ 1076—1088 Bestimmungen, welche die Zinspflicht und die Gewährleistung einschränken und in Bezug auf die Schenkung eines ganzen Vermögens eine gemeinrechtliche Kontroverse entscheiden. Durch die Uebergabe der geschenkten Sache (bei Grundstücken durch Aufl.) wird der Beschenkte Eigenthümer, die Sache der weiteren Disposition des Gebers entzogen. StrA. 11 S. 71, wo dies geschenkte Geld dem Vormund der Beschenkten übergeben, von demselben auf Anweisung des Schenkers auf seinen eigenen Namen ausgeliehen war. Der Klage der Beschenkten auf Herausgabe durfte diese unzulässige Anweisung nicht entgegengesetzt werden. Ob auf die Schenkung eines ganzen Vermögens der Satz im Anh. § 19 zu § 646 h. t., Nr. 205, Bd. 2 S. 159, anzuwenden, kann in Frage gezogen werden. Die Praxis, cfr. Erk. b., Nr. 205, ist eher gegen, als für die Ausdehnung des Grundsatzes, die sich hier aber aus gleichen Gründen rechtfertigt, wie im Falle des Anh. § 19.

Ueber die Beschränkung der Wirkung im Konkurse vgl. § 56 Nr. 4 KonkO.

Formen der Ueberlassung des Nachlasses auf andere als Intestaterben, zu umgehen, die zur Sicherheit gegen Betrug und Uebereilung vorgeschriebenen Formen zu beseitigen und die Vorschriften über die Pflichttheilgewährung zu elidiren, da der Widerruf wegen Pflichttheilverletzung, abgesehen von dem vorgeschriebenen dreijährigen Zeitraume, doch immer nur insoweit stattfinde, als der reine Nachlaß nicht die Hälfte der Schenkung erreiche. Denn die Schenkung ist ein Vertrag unter Lebenden, und der Erblasser ist bei seinen Geschäften unter Lebenden an die Rücksicht auf den seinen Notherben zu hinterlassenden Pflichttheil nicht gebunden, weil sich der Pflichttheil nur nach dem vorhandenen Nachlasse bestimmt, und weil gerade bei Schenkungen der Widerruf wegen Verkürzung des Pflichttheils im § 1113 I 11 ausdrücklich nur insoweit gestattet ist, als der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrages der geschenkten Summe oder Sache ausmacht. Die Argumentation würde übrigens auch ebensogut den Fall treffen, wo nicht das ganze Vermögen, sondern nur ein Theil desselben Gegenstand der Schenkung ist; und wo demnächst der reine Nachlaß nicht die Hälfte des Geschenkes erreicht. Daß sie aber in diesem Falle nicht begründet wäre, ergiebt der § 1113 ganz unzweifelhaft.

Kann hiernach die Annahme, daß die unentgeltliche Ueberlassung des künftigen am Todestage der Geschenkgeberin vorhandenen Vermögens durch Vertrag an die verklagte Ehefrau nur vermittelst Erbvertrages überlassen werden konnte, nicht für richtig erachtet werden, und verstößt dieselbe insbesondere gegen die Bestimmungen der §§ 1087, 1088 I 11, wonach diese Ueberlassung durch einen Schenkungsvertrag vorgenommen werden durfte, so trifft auch den App.-Richter der Vorwurf, daß er die §§ 621, 104, 105, 112 und 115 I 12 ALR. unrichtig angewendet hat, wenn er den Schenkungsvertrag um deshalb für unwirksam erachtet hat, weil derselbe die Testamentsform entbehrt.

Nr. 222. §§ 1063—1069. Schenkung. Form. Ersatz der Form durch die Uebergabe. (Schenkung durch Cession. Sparkassenbücher.)*)

a. Erk. v. 17. Jan. 1870; ObTr. 62 S. 385 (StrA. 77 S. 190).
b. Erk. v. 21. Febr. 1846; ObTr. 13 S. 191.
c. Erk. v. 25. März 1878; ObTr. 82 S. 16.
d. Erk. v. 8. Juni 1877; StrA. 97 S. 237.

Im Falle a. klagten die Erben des A. gegen B. auf Herausgabe verschiedener beweglicher Sachen, die B. im Besitz hatte und von A. geschenkt erhalten haben wollte. Bei einem Theil der Sachen wurde die Uebergabe gar nicht, bei anderen nur eine symbolische Uebergabe erwiesen. Der Bekl. ist in 2. u. 3. Instanz verurtheilt. — Im Falle b. hatte die Klägerin A. bei den Gebrüdern G. 400 verzinslich auf Schuldschein aussenstehn, die Forderung ihren beiden Söhnen geschenkt, die Gebr. G. deshalb unter Rückgabe des Schuldscheins angewiesen, jedem der beiden Söhne einen neuen Schuldschein über 200 auszustellen, was geschehen war. Nachdem einer der Söhne die 200 eingezogen und anderweit ausgeliehen, nahm die Klägerin diese Forderung für sich in Anspruch, ist aber abgewiesen. Der 2. Richter hatte den § 66 I 7 dafür angerufen. — Im Falle c. hatte die geschiedene Ehefrau des Klägers demselben schriftlich eine Hypothek cedirt, das Dokument aber nicht übergeben, das der Ehemann schon längere Zeit vorher von ihr zur Aufbewahrung

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 367; Dernburg 2 § 162; Förster (Eccius) 2 § 162 VI. A. — Nach §§ 1063, 1064 bedarf das Schenkungsversprechen der gerichtl.

erhalten hatte. Als er gegen die Erben seiner Frau demnächst auf Einwilligung in die Umschreibung auf seinen Namen klagte, ist die Klage in allen Instanzen abgewiesen, auf die Widerklage zur Herausgabe des Dokuments verurtheilt. — Im Falle d. hatte die Beklagte nach dem Tode ihres und der Kläger Erblassers und Vaters den Betrag eines Sparkassenbuches erhoben, welches auf seinen Namen ausgestellt war. Auf die Rückzahlung belangt, wendete sie ein, dass ihr Vater ihr das Sparkassenbuch mindestens 8 Monat vor seinem Tode geschenkt. Der 2. Richter erachtete dies für unerheblich. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Der App.-Richter hält eine symbolische Uebergabe der angeblich geschenkten Sachen nicht für ausreichend, um die Schenkung zu einer rechtsgültigen zu machen. Er verlangt eine wirkliche Natural-Uebergabe, d. h. eine wirkliche körperliche Uebergabe, wodurch der Beschenkte die faktische Gewahrsam erlangt. Hiergegen erhebt sich der Angriff. Die dadurch angeregte Rechtsfrage ist zwar verschiedener Auffassung fähig, jedoch nicht unrichtig beurtheilt. Schenkungsversprechen bedürfen der gerichtlichen Form, § 1063 I 11. Außergerichtliche, wenn auch schriftliche Schenkungszusicherungen begründen keine Klage auf Erfüllung, § 1064. Der gesetzliche Grund dieser Vorschriften besteht, wie die AGO. II 3, § 17 ausdrücklich ausspricht, in dem Zwecke, Leichtsinn und unbesonnene Uebereilungen möglichst zu verhüten. Suarez bestätigt dies in seinen amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des ALR. (v. Kamptz, Jahrb. 41, S. 23, 24). Er fügt hinzu: Es giebt Leute, die sich sehr bedenken, wenn sie nur etliche Louisd'or baar aus ihrem Beutel weggeben sollen, die es aber gar nichts kostet, ein Versprechen, das erst in der Zukunft erfüllt werden soll, auszustellen und zu unterschreiben. Ist das Geschenk nicht übertrieben, sondern den Vermögensumständen des donantis angemessen, so kann er es ja gleich geben. Kann er aber dies nicht, so ist solches ein Zeichen, daß das Geschenk ihn wirklich inkommodire und seinen Umständen nicht angemessen sei. Auf allen Fall bleibt ja noch der Weg der gerichtlichen Ausstellung übrig, wobei von Uebereilungen und ungestümen Zudringlichkeiten weit weniger zu besorgen ist.

Diese Bemerkungen erläutern zugleich die Ausnahme, welche das ALR. I 11 § 1065 sanktionirt. Eine gleiche Ausnahme setzen die §§ 1066, 1067 l. c. in Ansehung unbeweglicher Sachen fest, sofern wenigstens ein schriftliches, wenngleich außergerichtliches Schenkungsversprechen ertheilt ist. Der § 1068 fügt aber hinzu: Doch gelten obige Vorschriften (§§ 1066, 1067) nur alsdann, wenn eine wirkliche Natural-Uebergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und die Gewahrsam des Beschenkten gelangt, erfolgt ist.

Unleugbar sind die in Bezug genommenen Vorschriften (§§ 1066, 1067) nur diejenigen, welche von Immobilien handeln, und man kann sagen: Hätte der Gesetzgeber dasselbe Erforderniß für bewegliche Sachen aufstellen wollen, so lag es nahe, auch den § 1065 in die Bezugnahme einzuschließen. Gleichwohl fehlt es an

---

(nicht etwa blos dorfgerichtlichen, II 7 §§ 82—87; StrA. 100 S. 243, 246) Form, um die Klage auf Erfüllung, Uebergabe der geschenkten Sache oder des Rechts zu begründen. Daß für die Form auch hier der Satz locus regit actum gilt, darüber vgl. StrA. 96 S. 93 unter Nr. 18, Bd. 1 S. 70, 71. Ausgenommen ist nach §§ 1173—1175 die belohnende Schenkung, bei der unter der in § 1173 angegebenen Voraussetzung die Schriftform genügt. Soweit Schenkung Handelsgeschäft sein kann, was nicht ausgeschlossen, Art. 274 HGB., genügt die mündl. Form, OHG. 16 S. 184 unt. Nr. 221. Schenkungsversprechen ist auch die promissio don. c., StrA. 97 S. 45, Erk. b. Nr. 59, Bd. 1 S. 229. Durch das Versprechen wird die Schuld des Schenkers begründet; für diese Begründung bedarf es nach §§ 1037, 1063, 1064 der gerichtl. Form. Dasselbe gilt für alle anderen Versprechen einer Freigebigkeit, das Versprechen des Erlasses, der Liberation und Expromission don. c., nicht aber, wie bereits unt. Nr. 221 hervorgehoben, für den Erlaß selbst, die Liberation, die Expromission, die Delegation don. c. Für diese verknüpft das Gesetz selbst mit der schriftlichen Form bez. mit der Zahlung die Wirkung der Befreiung. Vgl. Erk. b. Nr. 221 u. den dort citirten PlBeschl. ObTr. 5 S. 261 zu I 16 § 393. Kein bloßes Schenkungsversprechen, sondern vollzogene Schenkung, welche nach den §§ 1065 ff. zu beurtheilen, sieht RG. 2 S. 5

einem inneren Grunde, zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden. Wenn für die letzteren abweichend von jenen außer der Uebergabe die Schriftform zur Rechtsgültigkeit des Geschenks als Requisit hingestellt ist, so erklärt sich dies aus der allgemeinen Regel des § 135 I 5 ALR. und aus dem Zwecke der Berichtigung des Hypothekenbuches. Weshalb aber in der Art der Uebergabe ein Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien gemacht werden soll, wenn die Tradition nur die Besorgniß gegen Leichtsinn und Uebereilung beseitigen soll, bleibt nicht wohl erfindlich. Ihrem Werthe nach können Mobilien die Immobilien nicht nur erreichen, sondern auch übersteigen. Bei der Gesetzrevision (Pens. XIV S. 76, 188, 189) hat man, abgesehen von Mobilien zum Werthe bis auf fünfzig Thaler und, sofern die Absicht zu schenken gesetzlich vermuthet werden kann, darüber hinaus anerkannt, daß selbst in Betreff der Schriftform des Schenkungsversprechens bewegliche Sachen den unbeweglichen gleich zu stellen seien, und kein Bedenken getragen, für beide ausdrücklich eine körperliche Uebergabe zu bedingen, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und die Gewahrsam des Beschenkten gelangt. In diesem Sinne ist schon jetzt das ALR. zu verstehen. Denn soll, wie der § 1064 I 11 vorschreibt, aus einem außergerichtlichen Schenkungsversprechen eine Klage auf Erfüllung nicht stattfinden, so muß die die Form heilende Uebergabe des Geschenkes eine nach allen Richtungen vollendete sein, so daß sie zu ihrer Ergänzung keines weiteren Aktes bedarf, dem Geschenknehmer die faktische und rechtliche Herrschaft über das Geschenk gewährt und dem Geschenkgeber die Möglichkeit einer thatsächlichen Disposition entzieht. Dem entsprechend bestimmt § 1065.

Nur die Rückforderung soll ausgeschlossen sein, die ihrem Begriffe nach die thatsächliche Gewahrsam des Geschenknehmers voraussetzt, bei einem constitutum possessorium und selbst bei einer bloßen symbolischen Uebergabe ohne gleichzeitige wirkliche Uebertragung der Gewahrsam aber keineswegs unter allen Umständen geboten ist, um dem Geschenkgeber die faktische Disposition über das Geschenk zu ermöglichen. Der Gesetzgeber durfte, will man nicht überhaupt in dem § 1068 lediglich eine ungenaue Fassung seines Gedankens unterstellen, für bewegliche Sachen als selbstverständlich erachten, was er in dem § 1068 ausdrücklich für unbewegliche vorgeschrieben und vielleicht gerade nur zum Ueberfluß deshalb direkt vorgeschrieben hat, weil im gewöhnlichen Verkehr die Uebergabe unbeweglicher Sachen weit häufiger, als die der beweglichen, sich auf einem anderen Wege vollzieht, welcher dem Begriffe einer wirklichen Natural-Uebergabe fremd ist.

Aeltere und neuere Schriftsteller (Grävell, Mathis &c. Bd. 8 S. 365. Bornemann, Syst. Darst. 2. A. 3 S. 372, 373, Koch, ALR. 5. A. 1 S 846, Förster 2, S. 20, Zentralblatt de 1837, S. 536 ff.) finden deshalb in dem § 1068 ein generelles, auf alle Sachen anwendbares Prinzip, welches dahin aufgestellt wird: Der Geschenknehmer muß in die Lage versetzt sein, daß er zum Zwecke der thatsäch-

---

in der Kreirung eines eigenen Wechsels durch den Schenker für den Beschenkten. In dem Falle hatte A. dem B. don. c. einen eigenen Wechsel über 10000 ausgestellt und übergeben; seine Erben beriefen sich der Klage aus dem Wechsel gegenüber auf die Formlosigkeit der Schenkung. Das RG. hat dies abgelehnt, weil der Wechsel seiner besonderen Natur nach die geschenkte Sache, an der Besitz und Disposition möglich. Dasselbe würde konsequent auch für Grundschuldbriefe gelten müssen. Daß es nicht für Begründung einer Hypothekenforderung durch den Geber für den Empfänger gilt, bei dieser die gerichtliche Form erforderlich, wenn der Schenker die Hyp. auf seinem eigenen Grundstück eintragen läßt, darüber vgl. das obige Erk. b. Nr. 59, Bd. 1 S. 229 und das das. S. 232 mitgetheilte Erk. ObTr. 69 S. 25 (StrA. 88 S. 18), wo ebenfalls unter einem simulirten Darlehn eine Schenkung des angeblichen Darlehnsschuldners an den Cessionar des angeblichen Darlehnsgläubigers versteckt war, die rechtsungültig, weil die Darlehnsobligation nur notariell erklärt war, eine Erfüllung des Schenkungsversprechens nur durch Zahlung bewirkt werden konnte. Ob dies nicht auch der Fall, wenn der dritte Besitzer des hypothecirten Grundstücks zahlte, was das ObTr. in dem Fall verneint, weil die beschenkten Geschwister damit nur eine ihnen nicht zustehende Forderung realisirt haben würden, kann wohl in Frage gezogen werden.

lichen Verfügung über die geschenkte Sache mit dem Schenker nicht mehr in Konflikt kommen, vielmehr unmittelbar über sie körperlich verfügen kann. Die symbolische Uebergabe insbesondere ist ungenügend, wenn dadurch der Schenker nicht aus der körperlichen Herrschaft über die Sache gesetzt ist.

Ist dies, wie gezeigt, richtig, so zerfällt die gerügte Verletzung der §§ 1062—1068 I 11, der §§ 61 ff. I 7 und des § 46 Einl. ALR.

Gründe: b. Die Implorantin hält 1. die Vorschrift des § 66 I 7 ALR. für verletzt, und darin ist ihr insofern beizustimmen, als diese Vorschrift allerdings nur von einer dem Inhaber der Sache zugekommenen Weisung, den Besitz im Namen des neuen Besitzers oder Berechtigten fortzusetzen, handelt, was auf den Darlehnsschuldner nicht paßt, da dieser nicht Inhaber, sondern Eigenthümer des dargeliehenen Geldes wird. Der Gläubiger besitzt fortan nicht mehr das Geld, sondern nur das Forderungsrecht; und diesen Besitz übt er selbst aus, nicht aber ist der Schuldner auch nur entfernt der Inhaber oder Detentor desselben. Bildet nun jenes Gesetzes Anwendung den allein ersichtlichen Rechtsgrund, worauf der App.-Richter seine Annahme gründet, daß die außergerichtliche Schenkung durch die wirklich erfolgte Uebergabe rechtsbeständig geworden sei, so würde freilich seine Entscheidung vernichtet werden müssen, obwohl im Uebrigen die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet ist. Denn der § 253 I 16 ALR. spricht von eigentlichen Anweisungen, Assignationen, nicht aber von solchen Erklärungen, Weisungen, welche der § 66 I 7 meint. Die Implorantin widerspricht sich selbst, wenn sie zu 1 ihrer Nichtigkeitsbeschwerde behauptet, der § 66 handle nur von körperlichen Sachen, und hier nun wieder die Erfordernisse einer Assignation vermißt, da doch gerade Anweisungen im eigentlichen Sinne bei körperlichen Sachen nicht vorkommen.

Auch der § 1065 I 11 ist nicht verletzt. Das Gesetz macht bei außergerichtlichen erfüllten Schenkungen einen Unterschied zwischen beweglichen Sachen und Immobilien. Im § 1065 spricht es von ersteren, im § 1066 von letzteren. Zu den beweglichen Sachen will es aber nach § 7 I 2 stets auch alle Rechte, die nicht mit einem Grundstücke verbunden sind, gezählt wissen, mithin auch persönliche Forderungsrechte. Hätte es solche Rechte im § 1065 ausnehmen wollen, so würde es sich des Zusatzes „körperliche" bedient haben. Endlich ist auch der § 394 I 11 nicht als verletzt anzusehen. Dieser Abschnitt des ALR. handelt zunächst von eigentlichen Cessionen, d. h. von Rechtsübertragungen gegen Vergeltung, § 376. Wegen der Rechtsabtretungen ohne Vergeltung verweiset der § 378 ausdrücklich auf den Abschnitt von Schenkungen. Ueberdies aber läßt die Implorantin ganz außer Acht, daß die Abtretung keineswegs die ursprüngliche, auf ihren Namen lautende Obligation betrifft. Diese hat durch die Zurückgabe an den Schuldner ihre Kraft verloren. An ihre Stelle ist eine neue Urkunde getreten, welche unmittelbar auf den Namen des neuen Gläubigers selbst lautet und keiner Cessionsform weiter Raum ließ.

Die Entscheidung des App.-Richters ist aber, obwohl ihrem Grunde nach nicht

---

Vgl. StrA. 97 S. 244; 89 S. 111; RG. 9 S. 245 weiter unten. (Einziehung eines Sparkassenbuchs.) Dabei ist darauf aufmerksam gemacht, daß anders der später zu erwähnende Fall liegt, wo der Schenker nicht eine Hypothekenforderung gegen sich begründet, sondern eine ihm zustehende Hypothek überträgt.

Die Formvorschrift cessirt aber auch bei der eigentl. Schenkung, wenn sie durch Uebergabe der geschenkten Sache (Rechts) vollendet und zur Erfüllung nichts mehr zu thun ist, §§ 1064 bis 1068. Für bewegl. Sachen ist dies ausnahmslos hingestellt, unter bewegl. Sachen auch hier die den bewegl. Sachen gleichstehenden Rechte mitzuverstehn. Für körperliche Sachen wird nach Erk. a. aber wirkliche körperliche Uebergabe gefordert, die durch symbol., constit. poss., bloße Anweisung nicht zu ersetzen, weil solche die körperliche Gewalt nicht verschafft, das Dazwischentreten des Schenkers nicht ausschließt. Bei der Besitzübertragung durch Anweisung ist zu beachten, daß dieselbe in körperlichen Besitz übergeht, sobald durch das Einvernehmen zwischen dem neuen Besitzer und dem Detentor ein direktes Verhältniß zwischen Beiden hergestellt ist, Nr. 136, Bd. 1 S. 637 Erk. c. Die formgültige br. m. trad. steht dagegen der körperl. Uebergabe völlig gleich, Nr. 137, Bd. 1 S. 648. Einen Fall unzureichender Uebergabe durch Anweisung behandelt StrA. 100 S. 243, 246, 247, wo der angebliche Schenker vor dem

zu billigen, dennoch aufrecht zu halten. Nach der Aussage des Zeugen in Zusammenstimmung mit der ferneren Auslassung der Klägerin hat dieselbe allerdings den ursprünglichen, über die ganze bei den Gebrüdern G. ausstehende Summe lautenden Schuldschein denselben zurückgegeben und sie aufgefordert, jedem ihrer beiden Söhne und so auch dem Verklagten einen neuen Schuldschein über 200 Rthlr. auszustellen, da sie ihnen die Forderung überlassen, geschenkt habe. Der Verklagte hat dies acceptirt, seinen Schuldschein in Empfang genommen, und die Klägerin hat noch insbesondere erklärt, daß sie, die Schuldner, an ihre Söhne als die jetzt legitimirten Gläubiger Zahlung leisten könnten. Darin liegt eine wahre Schenkung und eine vollständige Uebergabe. Bei Rechten auf Kapitalzahlungen geschieht die Tradition eben durch die Erklärung gegen den Verpflichteten, daß er künftig an den Cessionar oder Donatar zu zahlen habe, in Verbindung mit der Annahme des neuen Berechtigten. Anders oder auf eine entsprechendere Weise kann sie gar nicht geschehen, und auf sie paßt denn auch vollkommen, wenn es im § 59 I 7 ALR. heißt: „Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheil eines andern zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen." Denn in diesen Stand war der Verklagte durch die Erklärung der Klägerin gegen die Schuldner, und durch die Empfangnahme des neuen auf seinen Namen ausgestellten Schuldscheins in der That auf das Bündigste gesetzt worden. Jene Stelle spricht zwar zunächst nur von körperlichen Sachen, während es im § 78 heißt: „der Besitz anderer Rechte (d. h. solcher, die von dem Besitze einer körperlichen Sache nicht abhängen) kann nur durch die Ausübung derselben erlangt werden." Allein die erste Ausübung dieses Besitzes, beziehungsweise die vollständigste Besitzergreifung war es auch, als der Verklagte das auf die Anweisung der Klägerin von den Schuldnern erklärte Anerkenntniß seines Gläubigerrechtes an-, und die neue schriftliche Obligation auf seinen Namen zu Händen nahm, demnächst aber sogar auch noch die Zinsen und zuletzt das Kapital selbst erhob. Uebrigens sind die Vorschriften § 413 ff. I 11, betreffend die Signifikation der Cessionen an den Debitor cessus nur Ausflüsse und Anwendungen der obigen Regel, ebenso die in den §§ 296, 297 I 20 ALR. und in den §§ 218, 219 II Tit. 1. Endlich kommt auch noch erheblich in Betracht, daß nach § 671 I 11 „derjenige, auf dessen Namen der Darleiher, der wirkliche Eigenthümer des Geldes, die Obligation ausstellen läßt, auch der wahre Gläubiger wird, seine Annahme natürlich vorausgesetzt." §§ 218, 219 II 1 ALR. Hiernach ist der Anspruch der Klägerin auf das Eigenthum der streitigen Forderung unbegründet. Die Schenkung ist durch die hinzugekommene Uebergabe konvalescirt.

Gründe: c. Unbestritten beruht die Cession auf einer Freigebigkeit; eine Vergeltung, Cessionsvaluta, ist dafür vom Kläger nicht entrichtet. Demgemäß gilt das Geschäft als eine Schenkung, § 378 I 11 ALR. Schenkungen erfordern zu ihrer Gültigkeit die gerichtliche Form, § 1063. Aus einem außergerichtlichen, wenn schon

---

Dorfgerichte erklärt hatte, daß sein in Staatspapieren angelegtes Geld sich bei dem Pfarrer A. befinde und er deren Uebergabe an den, angeblich beschenkten Beklagten beantrage. Selbst wenn diese Erklärung als Anweisung aufzufassen gewesen wäre, so war sie doch schon umdeswillen wirkungslos, weil die Annahme durch den neuen Besitzer, § 67 I 7, fehlte.

Auch die Uebergabe von Rechten, deren Ausübung mit dem Besitze eines Grundstücks verbunden, kann durch die Uebergabe der Sache erfolgen, z. B. bei schenkungsweiser Ueberlassung der Nutzung eines Grundstücks. ObTr. 13 S. 239 sagt das Gegentheil nicht.

Für Forderungsrechte vertritt, wie unt. Nr. 211 näher dargelegt, die Cession den Akt der Tradition bei bewegl. körperlichen Sachen. Daß die schenkungsweise Cession von Forderungen nicht der gerichtlichen Form bedarf, ebensowenig aber auch die bloße Uebergabe des Dokuments über die Forderung selbst ohne Cession der Uebergabe gleichsteht, ist dort bereits hervorgehoben und in der Praxis nicht mehr streitig, StrA. 9 S. 192, 200; ObTr. 51 S. 121; 14 S. 237; 20 S. 128; Präj. 2230, §§ 393, 394, 377, 378 h. t., §§ 58, 59, 78 I 7. Vgl. Erk. c. u. d. Der Cession steht die Anweisung nicht gleich, da sie dem Assignatar vor der Acceptation kein definitives Recht giebt, die angewiesene Forderung dem Anweisenden nicht entzieht. Ganz unbedenklich lag StrA. 89 S. 350. A. hatte an B. ver-

schriftlichen Schenkungsvertrage kann, der Regel nach, nicht auf Erfüllung geklagt werden, § 1064. Von der Nothwendigkeit der gerichtlichen Form wird in den folgenden §§ eine Ausnahme gemacht. Wenn eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe dem Geschenknehmer bereits übergeben ist, so findet ihre Rückforderung wegen mangelnden gerichtlichen Vertrages nicht statt, § 1065. Ist auf Grund eines schriftlichen, wenngleich außergerichtlichen, Schenkungsvertrages eine unbewegliche Sache dem Beschenkten übergeben, so kann sie wegen fehlender gerichtlicher Form nicht zurückgefordert werden, § 1066. Der blos schriftliche Vertrag hat alsdann die Kraft einer Punktation, § 1067. Es muß aber, fügt der § 1068 hinzu, eine wirkliche Naturalübergabe erfolgt, die geschenkte unbewegliche Sache durch eine solche in den Besitz und Gewahrsam des Beschenkten gelangt sein. Die §§ 376, 377 I 11 unterscheiden das pact. de ced. und die Cession selbst. Der Cession ist im § 393 die Wirkung gegeben, daß, wenn sie vom Cessionar angenommen, das Eigenthum des cedirten Rechtes auf den neuen Inhaber übergeht. Im vorliegenden Falle enthält das Schriftstück kein bloßes Schenkungsversprechen, die bisherige Eigenthümerin hat darin dem Kläger eine von ihm angenommene Cession ihrer Forderung ertheilt. Die Kontrahenten haben, was auch zulässig war, ein besonderes pact. de ced. nicht vorausgehen lassen, mit der causa praecedens die Cession selbst zu einem Akte verbunden. Auf Grund dieser Vorschriften ist Kläger der Meinung, daß er durch die Cession der Forderung deren rechtmäßiger Eigenthümer geworden sei. Er verlangt von der Verklagten, daß sie sein Eigenthum an der Forderung anerkenne und deren Umschreibung auf seinen Namen im Grundbuche bewillige. Der App.-Richter behauptet, zur Gültigkeit der Schenkung würde es außer der ausgestellten Cession noch der Uebergabe des über die Forderung sprechenden Hypothekenbriefes an Kläger bedurft haben. Thatsächlich stellt er fest, daß die Uebergabe desselben an Kläger nicht geschehen sei. Demgemäß nimmt er an, die Schenkung sei wegen mangelnder gerichtlicher Form keine rechtsgültige, Kläger habe durch die Cession kein Eigenthum an der Forderung erlangt.

Die Entscheidung ist von der Frage abhängig zu machen, ob der Schenkungsvertrag durch die Cessionsertheilung seine vollständige Erfüllung erhalten, oder noch nicht erhalten hat. Ist er noch nicht erfüllt, so kann, weil er nicht gerichtlich geschlossen, nicht auf Erfüllung geklagt werden, § 1064. Hat die Erfüllung stattgefunden, so hat dies die Folge, daß die bereits übergebene Sache oder Summe wegen der verabsäumten gerichtlichen Form vom Geschenknehmer nicht zurückgefordert werden kann, § 1065.

Zur Erfüllung der Schenkung mußte Kläger in den Stand gesetzt werden, über die cedirte Forderung frei, nach seinem Gutbefinden, als über seine eigene zu verfügen. Durch die bloße schriftliche Cession ist dies nicht so, wie erforderlich, geschehen; es hätte noch die Uebergabe des über die Forderung vorhandenen Dokumentes hinzukommen müssen. Dies folgt schon aus dem § 395 I 11. Der Schuldner ist zur Zahlung der Schuld an den Cessionar nicht verbunden, wenn er ihm nicht

---

kauft und stipulirt, daß B. von dem Kaufgelderrest in Folge Anweisung des A. an C. nach 4 Jahren einen Betrag in Raten zahlen solle. Nach dem Tode des A. nahm sein Erbe die Anweisung zurück. Der Widerspruch des C. dagegen blieb erfolglos, obgleich er behauptete, daß A. ihm mündlich von der Anweisung Mittheilung gemacht, er diese und die Schenkung angenommen. Beides hatte keinerlei Bedeutung, weil die Erklärung in dem Kaufvertrage (der übrigens auch nicht gerichtlich abgeschlossen) weder ein Schenkungsversprechen, noch Ueberweisung, noch Cession, noch eine Eigenthumsübertragung anderer Art ersehn ließ, §§ 252, 298 I 16. In dem Erk. b. dagegen hatte der Schenker mit seiner Forderung für den Beschenkten nicht nur eine Forderung so begründet, daß der Beschenkte darüber verfügen konnte, §§ 264, 267 I 16, sondern der Beschenkte hatte durch die Einziehung der Forderung über sie auch thatsächlich als Eigenthümer verfügt und für die neu konstituirte Forderung fehlte jeder Schein von Recht des Schenkers.

Eine andere Frage ist die im Erk. c. behandelte, ob neben der schriftlichen, acceptirten Cession, — vgl. Nr. 211, auch die Aushändigung der Cessionsurkunde und, falls ein Dokument über die schenkungshalber cedirte Forderung existirt, die Aushändigung dieser Urkunde zur wirklichen Uebergabe im Sinne §§ 1065, 1068 erforderlich. Unter Nr. 211b. ist dargelegt,

außer der schriftlichen Cession auch das Dokument beibringt. Dieses muß ihm daher vom Schenkgeber übergeben sein. Ohne den Besitz des Dokumentes ist der Cessionar zu beabsichtigten weiteren Cessionen, Verpfändungen und ähnlichen Verfügungen über die Forderung nicht gehörig legitimirt; solche kann er nicht mit voller Wirksamkeit treffen. Er und Alle, die Rechte von ihm ableiten, sind des Dokumentes zum Ausweise über die Forderung, zu deren Gebrauche, zu einiger Sicherung gegen besorgliche Nachtheile mehr oder weniger benöthigt. Der Schenkungsvertrag bildet nur ein Geschäft, dessen Ausführung die Ertheilung der Cession und die Uebergabe des Dokumentes ausmachen. Beide hängen zusammen, so daß das Schenkungsgeschäft noch nicht als ausgeführt und abgemacht gelten kann, so lange es an der Uebergabe des Dokumentes fehlt. Die §§ 1064—1068, 377, 393 führen zu keinem anderen Resultate. Der Sache nach geht der Anspruch des Klägers, daß Verklagte sein Eigenthum an der Forderung anerkenne, und, was in beglaubigter Form zu geschehen hat, die Umschreibung im Grundbuche für ihn bewillige, auf Erfüllung des Schenkungsgeschäftes. Er kann aber nach dem § 1064 aus dem nur schriftlichen, nicht gerichtlichen Schenkungsvertrage auf dieselbe nicht klagen. Eine geschenkte und übergebene bewegliche Sache oder Summe kann nach dem § 1065 nicht zurückgefordert werden, Kläger hat eine solche nicht erhalten, sie wird von ihm nicht erstattet verlangt. Deutet auch der Zusammenhang darauf hin, daß im § 1065 unter beweglichen Sachen oder Summen, im Gegensatze zu unbeweglichen, von welchen der § 1066 handelt, zunächst körperliche zu verstehen sind, so ist doch in der Rechtsprechung des ObTr. angenommen, daß der § 1065 auch auf Rechte, welche nicht zu den unbeweglichen Sachen gehören, § 7 I 2 ALR., Anwendung findet, daß insbesondere die Schenkung von Forderungsrechten durch die schriftliche Cession sich vollzieht, die Cession als die Form der Eigenthumsübertragung von Forderungsrechten die Uebergabe vertritt, Präj. 1710; ObTr. 51 S. 121; StrA. 3 S. 58. Immer aber muß der Schenkungsvertrag nach allen Richtungen hin erfüllt, der Geschenknehmer in den Stand gesetzt sein, über die Forderung zu verfügen, wozu bei Hypothekenforderungen erforderlich, daß ihm mit der Cessionsurkunde das Schulddokument übergeben ist. Eine Klage auf Erfüllung findet aus dem außergerichtlichen, wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage nach dem § 1064 gegen den Geschenkgeber nicht statt.

Bereits in verschiedenen Präj. über frühere ähnliche Fälle hat die Annahme Anerkennung gefunden, daß bei Schenkungen einer Forderung durch eine außergerichtliche Cession die Uebergabe des Dokumentes durch den Geschenkgeber hinzukommen müsse, damit die Schenkung als erfüllt und durch erfolgte Erfüllung rechtsverbindlich geworden gelten könne. In dieser Beziehung kann auf die Präj. ObTr. 2 S. 261; 20 S. 128; StrA. 9 S. 192; 43 S. 268 verwiesen werden. In einem anderen Falle, in welchem es zweifelhaft war, wie weit die Bestimmungen in den §§ 1065 folg. über die Heilung der mangelnden gerichtlichen Form von Schenkungen durch Uebergabe der geschenkten Sache griffen, hat sich das Präj. in ObTr. 62 S. 385* gegen die Anwen-

*) Erk. a.

---

daß dies zur Eigenthumsübertr. durch Cession an sich nicht erforderlich. Das ObTr. hat indessen den Satz, daß die wirkliche Uebergabe bei der Schenkung diese Uebergabe erfordere, auch sonst ausgesprochen, aus den Gründen, die das Erk. c. entwickelt. Da der Beschenkte das Dokument in Aufbewahrung hatte, so muß angenommen sein, daß die br. m. trad. des Dokuments die schriftliche Erklärung des Schenkers erforderte, Nr. 137, Bd. 1 S. 648. Ebenso StrA. 43 S. 268. In ObTr. 2 S. 260 hatte A. eine Hyp. erworben, um sie seiner Tochter auf ihr Erbtheil zu schenken, die Cession auf deren Namen ausstellen lassen, Cession und Dokument aber hinter sich behalten, obwohl er seiner Tochter mündlich mitgetheilt, daß er ihr die Hyp. schenken wolle, die Cession für sie bewirkt und das Dokument für sie bewahre. Der Besitz des Dokuments war auf sie dadurch nach § 71 I 7 allerdings nicht übertragen, und es konnte auch in Frage kommen, ob eine Acceptation der Cession vorlag. Als kurz nach der Cession die Tochter starb, ist denn auch die Klage des Vaters gegen ihre Erben auf Anerkennung seines Eigenth. an der Hyp. durchgedrungen. Anders lag RG. 4 S. 225. (Hülfs-Senat.) Hier hatte A. durch notar. Vertr. von 1872 sein Grundstück an B. verkauft u. im Vertr. an den nicht anwesenden Kläger einen Theil des Kaufgeldes cedirt, wobei B. sich ver-

dung der Ausnahme im § 1065, für die der Regel, daß auf Erfüllung nicht geklagt werden könne, entschieden. Es ist ausgeführt, daß, obschon der § 1065, seinen Worten nach, eine wirkliche Naturalübergabe nicht verlange, es doch in dem ganzen Sinne der §§ 1065 folg. liege, daß auch für bewegliche Sachen, wie nach den §§ 1066, 1067 für unbewegliche, um die Regel des § 1064 auszuschließen, eine blos symbolische Uebergabe nicht genüge, daß die Uebergabe eine nach allen Richtungen hin vollendete sein müsse, so daß sie zu ihrer Ergänzung keines weiteren Aktes bedürfe. Der Geschenknehmer müsse in die Lage versetzt sein, daß er zum Zwecke der thatsächlichen Verfügung über die geschenkte Sache mit dem Schenker nicht mehr in Konflikt kommen, unmittelbar über sie verfügen könne. Die Gegengründe für die Ansicht des App.-Richters will Kläger durch den Umstand beseitigen, das er sich thatsächlich in dem Besitze des Dokumentes befinde. Er giebt an, seine geschiedene Ehefrau, die Cedentin, habe ihm dasselbe bereits im Jahre 1872, lange vor der Cession, zur Verwahrung übergeben. Der App.-Richter hält diesen Umstand für unerheblich, und soll dadurch gegen die §§ 69, 70 I 7 ALR. fehlen. Die ihm Schuld gegebene Verletzung derselben ist nicht vorhanden. Er hat ausgeführt, die Hingabe des Dokumentes zur Verwahrung habe die zur Schenkung erforderliche Uebergabe nicht ersetzen können. Kläger sei dadurch bloßer Inhaber des Dokumentes geworden. Durch seinen bloßen Willen, die Sache für sich zu haben, habe er sich den wirklichen Besitz nicht zu verschaffen vermocht. Eine Erklärung, daß der Geschenknehmer das Dokument als Eigenthümer besitzen solle, sei nicht abgegeben. Diese Erwägungen enthalten nichts Unrichtiges, von den §§ 69, 70 a. a. O. Abweichendes. Demgemäß ist Kläger mit seinem Anspruche abgewiesen und zur Herausgabe des Dokumentes über die Forderung verurtheilt.

Gründe: d Würde es der Verklagten gelingen, die thatsächliche Richtigkeit ihrer Angaben darzuthun, so würde unzweifelhaft, selbst wenn man mit dem App.-Richter diese angebliche Schenkung wegen nicht gehöriger Form für rechtsgültig und rechtsverbindlich nicht erachten will, in der Erhebung der Gelder aus der Sparkasse eine Geschäftsführung fremder Geschäfte ohne Auftrag, wie sie das App.-Erk. als feststehend ansieht, unter keinen Umständen gefunden werden können. Im Gegentheile erhob dann die Verklagte die Gelder nur für sich und nicht für Andere in der faktisch richtigen, aber rechtlich ungültigen Meinung, daß der Vater ihr das Geld geschenkt und sie dadurch zur Aneignung der Gelder ermächtigt hätte. Für die dabei angeregte Frage nach der Rechtsgültigkeit dieses Aktes der mündlichen Schenkung, der Uebergabe der Bücher und der Aneignung des Geldes stellt sich aber sofort heraus, daß es sich bei der Beantwortung dieser Frage nur darum handelt, ob und in wie weit bei theilweis erfüllten, mündlichen Verträgen, die zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen oder gerichtlichen Form bedürfen, der eine oder der andere Kontrahent Ansprüche aus diesem unvollkommenen Kontrakte zu machen berechtigt sein könne. Diese etwa sich rechtlich ergebenden Ansprüche stehen aber eben dem Kontrahenten

---

pflichtet, die Summe an den Kläger 1878 zu zahlen. Die Forderung war ohne Dokument für den Kläger eingetragen, demselben die Cession von A. bekannt gemacht und von ihm angenommen. 1876 widerrief A. die Cession, die unstreitig schenkungshalber erfolgt war. Hier ist die Klage auf Einwilligung in die Ertheilung eines Hypothekenbriefs, Herausgabe der Vertragsausfertigung und Anerkennung des Eigenthums gegen A. durchgedrungen. Da ein Dokument über die Hyp. nicht gebildet war, steht die Entsch. nicht in direktem Widerspruch mit dem Erk. c. Das RG. verwirft aber die Gründe desselben ausdrücklich und führt aus, daß die erklärte und angenommene Cession das Eigenth. nach §§ 376, 377, 378, 395 h. t. übertragen, daß § 1068 h. t. sich nur auf körperl. Sachen beziehe, die Aushändigung der Cession und des Dokuments nicht erforderlich (abgesehn von Wechseln und ähnlichen Forderungen).

Daß Sparkassenbücher, selbst wenn sie die Klausel enthalten, daß die Kasse berechtigt und verpflichtet, dem Präsentanten auszuzahlen, nicht zu den lettres au port. gehören, deshalb nicht durch Uebergabe, sondern nur durch Cession übertragbar, ist bereits unt. Nr. 211a. berührt. Vgl. StrA. 96 S. 290 zu I 15. Daraus folgt, daß die bloße Uebergabe des Buchs die Schenkung nicht perficirt, StrA. 65 S. 77. Nach Erk. c. wurde ohne die Ueber-

selbst zu und nur durch ihn können sie auf seine Erben übertragen werden, also hier vorliegend nur durch die Person des Vaters und angeblichen Geschenkgebers. Die Annahme des Gegentheiles im AppErk. und die nur allein auf diese Annahme gestützte Verurtheilung der Verklagten zur Baarzahlung sind aber dann hinfällig, wenn es sich um eine mündliche, also formlose Schenkung handeln sollte, da es dann immer doch ein obligatorisches, wenn auch unvollkommenes Rechtsgeschäft zwischen der Verklagten und dem Erblasser und Geschenkgeber sein würde, aus welchem der Geschenkgeber, und nur durch ihn seine Erben, den in Rede stehenden Anspruch auf Ungültigkeit der Schenkung und Erstattung des auf Grund dieses rechtlich unverbindlichen Vertrages erhaltenen Geldes, und keineswegs auf Grund einer eigenmächtigen Aneignung einer fremden Sache außerhalb eines Vertragsverhältnisses, geltend machen würde. Die Verklagte würde also dann gerade Schuldnerin des Erblassers, resp. seines Nachlasses sein und der App.-Richter daher mit Unrecht dies verneint haben.

Die nächste Frage ist demnach, ob die Angaben der Verklagten über die behauptete Schenkung faktisch richtig sind, und erst im Falle der Bejahung dieser Frage würde hier im vorliegenden Falle die Rechtsverbindlichkeit einer derartigen Schenkung erörtert werden können, weil die Verklagte offenbar und unzweifelhaft auf den Unterschied, den der erste Richter ex officio geltend gemacht hat, zwischen der Verurtheilung zur Zahlung ad depositum und resp. zur Anerkennung der Pflicht diese qu. Post zur Nachlaßtheilung zu bringen, augenscheinlich zur Vermeidung eines neuen Prozesses gar kein Gewicht legt. Geht man aber auf diese Intention der Verklagten ein, dann erübrigt sich wieder die oben angeregte Beweisfrage in dem Falle, daß die noch zu beweisende Schenkung dergestalt rechtsungültig ist, daß daraus sogar die Verpflichtung der Verklagten, das darauf Erhaltene wieder herauszugeben, herzuleiten wäre.

Die Präj. in ObTr. 14 S. 237 54 S. 83*) machen die Grundsätze geltend, daß bei Abtretung von Rechten, namentlich aber, wenn sie in einem Schuldbokumente schriftlich beurkundet sind, nur der schriftliche Cessionsakt die Tradition körperlicher Sachen im Sinne des § 1 I 10 und der §§ 1, 9 I 8 ALR. zu vertreten geeignet sei, und daß namentlich die Uebergabe des Schuld-Instruments allein, gleichsam als eine symbolische Uebergabe im Sinne der §§ 62 ff. I 7, dazu nicht genüge, um eine Tradition darzustellen. Ferner wird hervorgehoben: So lange die schriftliche Cession fehlt, sei der Cessionar nicht im Stande, sich des Rechtes, welches ihm abgetreten werden solle, zu bedienen; er habe keine Verfügung darüber und befinde sich ganz in dem Falle eines Käufers, welchem eine gekaufte bewegliche Sache noch nicht übergeben worden ist. Daraus ergebe sich, daß die Schriftlichkeit der Uebertragung erst deren Existenz bedingt; .... und daß die bloße Aushändigung der cedirten Urkunde die Erfüllung (der vom Cedenten durch die mündliche Uebertragung des zu cedirenden Rechtes, übernommenen Verbindlichkeit) keineswegs erschöpfe. Sodann ist in dem Erk. StrA. 65 S. 77 hervorgehoben: daß sich das Sparkassenbuch nur als eine Beweisurkunde über eine dem in demselben namentlich benannten Gläubiger zustehende Forderung auf Rückzahlung des darin erwähnten Darlehns gegen die Verwaltung der Sparkasse charakterisire, und falle als solche nicht unter die Kategorie

*) Vgl. Erk. c. Nr. 211b.

gabe aber auch die schriftl. Cession nicht genügen. In StrA. 89 S. 111 ist aber bereits ebenso wie im Erk. d. angenommen, daß die Erhebung des Geldes mit dem Willen des Schenkers, der auch bei Erhebung nach seinem Tode anzunehmen, die Besitzergreifung und Uebergabe, §§ 1065, 1068, herstellt. Vgl. dagegen aber ObTr. 69 S. 25 (StrA. 88 S. 18). In dem gleichen Falle RG. 9 S. 245 hatte der 2. Richter angenommen, daß die Erhebung des Geldes nach dem Tode des Schenkers, weil hinter dem Rücken der Erben geschehn, die Uebergabe nicht ersetze. Das RG. sagt unter Anschluß an die Erk. des ObTr., daß dies ohne rechtliche Grundlage sei, nimmt aber auch an, daß die bloße Uebergabe des Buchs nicht genügend.

Daß der mündliche schenkungsweise Erlaß einer Forderung durch die Rückgabe des Do-

beweglicher körperlicher Sachen, und sei daher auf sie der § 1065 I 11 wegen der Uebergabe geschenkter beweglicher Sachen oder „Summen" nicht anwendbar. Zu einer wirksamen „Uebergabe" gehöre eben wesentlich, daß durch dieselbe der Empfänger in den Stand gesetzt wird, über die ihm tradirte Sache zu verfügen oder das tradirte Recht auszuüben, §§ 58, 59, 77, 78 I 7 ALR. Sei nun das fragliche Recht ein blos persönliches Forderungsrecht, wie aus dem Sparkassenbuch, so müsse der Tradent in erkennbarer Weise den Besitz zum Vortheile des Empfängers aufgeben und den Empfänger in die Lage bringen, dies dem Verpflichteten nachweisen zu können, damit eben der Empfänger, dem Schuldner gegenüber, die volle Disposition über das zu tradirende Recht erlange. Dazu könne die bloße Uebergabe der Schuldurkunde nicht genügen, da ihr Besitz zu einer Disposition über die Forderung selbst nicht berechtige, dazu sei eben die Form der Cession erforderlich, welche das Gesetz bei Forderungsrechten im Allgemeinen als Akt der Tradition auffaßt; namentlich aber auch bei Sparkassenbüchern, da, trotz der Aushändigung derselben, der Gläubiger noch immer und zu jeder Zeit in der Lage sei, durch bloßen Protest sich sein Recht zu konserviren. In dem Erk. StrA. 63 S. 95 ist sodann dargethan und angenommen, daß Sparkassenbücher keinesweges im Sinne des Gesetzes „auf den Inhaber lautende Papiere" seien, daß sie vielmehr auf einen bestimmten Namen ausgestellt würden, und deshalb der Außer-Kurs-Setzung nicht bedürften, da eben sie durch diesen Namen jedem, welcher sie erwerben wolle, als das besondere Eigenthum desjenigen, auf den sie ausgestellt sind, bezeichnet würden.

Bei einem solchen Rechtsverhältnisse findet aber das Erk. ObTr. 20 S. 128, aus welchem das Präj. 2230 (Präj.-Sammlg. 2 S. 21) entnommen worden, hier Anwendung, wonach die Schenkung einer Forderung auch bei Uebergabe des Schulddokumentes, durch eine blos mündliche Schenkungs-Erklärung noch nicht perfekt und wirksam wird, vielmehr dazu noch eine schriftliche Erklärung des Geschenkgebers gehört, durch welche der Geschenknehmer in den Stand gesetzt werde, über die Forderung als über die seinige zu verfügen. In den Gründen wird gerade in Betreff der §§ 1063—1065 I 11 ganz in dem vorstehend erwähnten Sinne dafür deduzirt, daß eben der Empfänger des Suldokuments durch die Aushändigung desselben noch nicht die das Merkmal der Uebergabe darstellende Disposition über die in dem Schulddokumente nur beurkundete Forderung selbst, erlange.

Auch die meisten übrigen hier erwähnten Entscheidungen hat der vierte Senat gefällt, jedoch hat derselbe Senat in dem Erk. StrA. 89 S. 111 eine Diversion in diesen rechtlichen, oben mitgetheilten Annahmen vorgenommen. Der App.-Richter erwähnt dieses Erkenntniß ausdrücklich, wenngleich mit der zusätzlichen Bemerkung, daß er demselben nicht beitreten könne und im vorliegenden Falle um so weniger, als hier die Erhebung des Sparkassen-Kapitals erst nach dem Tode des Geschenkgebers stattgefunden hat; ein Umstand jedoch, der in jenem Erkenntnisse ebenfalls für gleichgültig angesehen worden ist, da auch in jenem Falle die Hebung des Geldes erst nach dem Ableben des Gläubigers, also dessen Erben gegenüber, erfolgt ist. Der Revisionsbericht stützt sich nun auf dies Erk., in welchem alle vorstehend mitgetheilten rechtlichen Grundsätze ausdrücklich genehmigt werden, es gelangt aber dennoch zu dem entgegengesetzten Resultate einer durch Uebergabe im Sinne des § 1065 wirksam gewordenen mündlichen Schenkung von Sparkassenbüchern durch eine besondere Konstruktion des Aktes der Uebergabe. Es legt das Hauptgewicht auf die Erhebung der Gelder in der

---

kuments allein, nicht wie durch Uebergabe, wovon dabei nicht die Rede sein kann, perfekt wird, darüber vgl. Erk. b. Nr. 221.

Bei unbeweglichen Sachen soll nach §§ 1066—1068 die Uebergabe allein nicht genügen, aber in Verbindung mit dem schriftl. Schenkungsversprechen die gerichtl. Form ersetzen. Daß dies durch das EigenthGes. v. 5. Mai 1872 und die dadurch zur Uebertr. des Eigenth. nothwendig gewordene Auflassung beseitigt, ist nicht anzunehmen, der Eigenthumsklage des Schenkers gegenüber wird aber nach § 7 des Ges. der Anspr. auf Aufl. widerklagend geltend zu machen sein. Ist aber die Aufl. erfolgt, so ist der Beschenkte Eigenthümer geworden und er klagt auf Uebergabe dann nicht mehr aus der Schenkung, sondern aus dem Eigenthum. Für eine so perfekt gewordene Schenkung kann es der Schriftform jetzt nicht mehr bedürfen.

Sparkasse, welchen Umstand es für eine Besitzergreifung des geschenkten Sparkassenkapitals seitens des Beschenkten erklärt. Diese Besitzergreifung von der einen Seite soll aber den „Akt der Uebergabe" im Sinne des Gesetzes um deshalb auch für die andere Seite, auf Seiten des Geschenkgebers darstellen, daß demselben und resp. seinen Erben, nach dem Sparkassen-Statut, jederzeit der Protest gegen die Erhebung des Geldes auf Grund des Besitzes des Sparkassenbuches zustand, und daß also die im ganzen Hergange ursprünglich enthaltene Genehmigung zur Erhebung des Gesetzes, da diese Zustimmung nicht durch einen solchen Protest auf Grund des Statuts zurückgezogen worden sei, als Genehmigung des Gebers resp. seiner Erben, jener Besitzergreifung des Geldes durch den Geschenknehmer hinzugetreten, und auf solche Weise der Akt der Tradition im Sinne des § 1065 a. a. O. gebildet worden wäre.

Dieser Ausführung kann als richtig beigetreten werden, *insoweit in Wirklichkeit unter den jeweilig vorliegenden faktischen Umständen in der gedachten Nichterhebung des Protestes bei der Sparkasse eine thatsächlich erfolgte Genehmigung der Ergreifung der Gelder durch konkludente Handlung des Gebers gefunden werden muß.* In diesem vorausgesetzten Falle handelt es sich indessen in der That nicht um die in Frage stehende Tradition des Forderungsrechtes selbst durch bloße Aushändigung der Schuldurkunde, sondern um etwas ganz Anderes, nämlich um eine Tradition von Geldern, also einer körperlichen Sache, im Gegensatze zu einem Rechte, und ferner nur darum, ob in der Ergreifung von Geldern unter Zustimmung des Berechtigten im Sinne des Gesetzes die „Uebergabe" sc. des Geldes enthalten sei. *Eine Frage, welche auf Grund ganz anderer rechtlichen Erwägungen, nach den §§ 50, 58 ff. I 7 a. a. O. zu bejahen ist, wogegen aber auch nach den §§ 96 ff. und resp. §§ 69, 70 sie verneint werden muß, falls es der Genehmigung der Berechtigten ermangeln sollte.*

Aus Vorstehendem folgt, daß der Einwand der Schenkung seitens der Verklagten unter Umständen, wie sie oben entwickelt sind, doch als begründet sich darstellen kann. Die desfallsigen Behauptungen der Parteien stehen sich jedoch geradezu entgegen, und ist von ihnen Beweis und Gegenbeweis angetreten. Dieser Beweis und der Gegenbeweis ist demnach erheblich und daher aufzunehmen.

Nr. 223. §§ 1089, 1090, 1091—1112, 1113—1116; Anh. § 28, §§ 1117—1122, 1123—1128, 1129—1133, 1140—1150, 1151—1161, 1162—1168. Schenkung. Widerruf. Anfechtung.*)

a. Erk. v. 6. Okt. 1871; ObTr. 66 S. 46 (StrA. 84 S. 30).

b. Erk. v. 10. Mai 1867; ObTr. 58 S. 126 (StrA. 67 S. 203).

c. Erk. v. 14. Okt. 1872; ObTr. 68 S. 67 (StrA. 56 S. 262).

Im Falle a. hatte A. kurz vor seinem Tode seinem Schwiegersohne Werthpapiere mit der Bestimmung übergeben, dass dieselben seinen Kindern gehören sollten. Die Erben klagten auf Rückgabe, indem sie die Schenkung in der Frist des § 1090 widerriefen. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen, welche den Erben das Recht des Widerrufs absprachen, verurtheilt. — Im Falle b. hatte A. an seine Ehefrau 2 Tage vor seinem Tode seine Gärtnernahrung für 997 Thlr. verkauft, wovon 281 baar zu zahlen, der Rest durch Uebernahme getilgt war. Dabei war bedungen, dass die Frau die Nahrung der Tochter

---

*) Vgl. *Windscheid* 2 § 367; 3 § 586; *Dernburg* 2 § 164; 3 § 212; *Förster* (*Eccius*) 2 § 122 VI B.; 4 § 248 IX. Vgl. unt. Nr. 18, Bd. 1 S. 70, 71 StrA. 96 S. 93 über die Frage, nach welchem Recht die Befugniß zum Widerruf zu beurtheilen. —

nach der Grossjährigkeit für denselben Preis verkaufen müsse. A. hinterliess ausser der Wittwe und der Tochter noch einen intestaterbberechtigten Sohn. Der reine Nachlass betrug nur etwa 256 Thlr. Der Vormund des Sohnes focht den Kaufvertrag zunächst ohne Erfolg als simulirt, demnächst aber wegen Verletzung im Pflichttheil an, indem er behauptete, dass der wahre Werth der Nahrung 2235 Thlr. betragen, mithin 1238 Thlr. als geschenkt anzusehn seien. Er verlangte, dass die Wittwe den reinen Nachlass bis zur Hälfte dieses Betrages, also auf 619 Thlr. erhöhe und diesen Mehrbetrag zur Theilung unter die Erben bringe. Der 2. Richter wies ab, weil der Sohn nur $^1/_8$ des Nachlasses, d. h. der halben Schenkung, als sein Pflichttheil fordern könne, diesen Betrag mit 77 Thlr. 11 Sgr. aber erhalten habe. Das ObTr. hat vernichtet, aber aus einem andern Grunde abgewiesen. — Im Falle c. hatte die Tochter der Kläger kurz vor ihrem Tode ihr gesammtes Vermögen ihrem Ehemann schenkungsweise übertragen. Die Kläger fochten die Schenkung wegen Verletzung im Pflichttheil an und forderten klagend die Herausgabe der Hälfte des ganzen Vermögens, obwohl feststand, dass die Erblasserin ausser ihnen noch mindestens 8 Intestaterben hinterlassen hatte. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Daß das Widerrufsrecht, wenn auch von Einfluß auf das Vermögen selbst, kein Vermögensrecht, sondern eine Willensäußerung und daher ebensowenig, wie der individuelle Wille eines Menschen überhaupt, abgetreten oder vererbt werden könne, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig; denn der Wille der Person ist der Grund alles Rechtes und das Bewegende in jeder Rechtsausübung; Vermögensrecht und Willensäußerung sind keine Gegensätze; die Bedeutung des Erbrechtes aber liegt eben darin, daß der Erbe in vermögensrechtlicher Beziehung die Persönlichkeit des Verstorbenen in sich aufnimmt und vertritt, also seinen Willen überall auf denselben rechtlichen Erfolg, welchen der Erblasser zu wollen befugt war, zu richten und zur Geltung zu bringen vermag. Daher gehören nicht blos die hinterlassenen Sachen, sondern auch die Rechte des Verstorbenen zur Erbschaft, ALR. I 9 § 350, und für die Rechte aus Verträgen ist noch ausdrücklich als Regel

---

Zu scheiden ist der Widerruf als die Willenserklärung des Schenkers, durch welche er die Willenserklärung der Schenkung zurücknimmt, um sich ihren rechtl. Folgen zu entziehen, von dem Widerruf durch andere als den Schenker, und von der Anfechtung durch die Gläubiger des Schenkers. Letztere ist jetzt durch die RKonkO. § 25 Nr. 1, 2, § 30 Abs. 2; RGes. v. 21. Juli 1879 § 3 Nr. 3, 4, § 7 Abs. 2 für alle freigebigen Verfügungen im weitesten Sinne geregelt, die §§ 1129—1133 dadurch beseitigt. (Vgl. für das frühere R. § 50 I 50 AGO.; Ges. v. 26. April 1835 u. unt. Nr. 221 u. 224 wegen der belohnenden Schenkung.) Die Anfechtung setzt ebenso wie der Widerruf durch den Schenker und dritte Berechtigte eine an sich rechtsverbindliche, formgültige oder durch Uebergabe vollzogene Schenkung voraus. Mängel der Willenserklärung der Schenkung und solche liegt nicht blos im Schenkungsversprechen, sondern auch in der Uebergabe des Geschenkten werden nach allgem. Grundsätzen geltend gemacht; des Widerrufs bedarf es dafür nicht. Deshalb erscheint in der Begründung bedenklich StrA. 21 S. 128 Erk. b. Nr. 63, Bd. 1 S. 248, vgl. Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 105; weshalb z. B. auch bei Schenkungen der dolus des Beschenkten nach § 148 I 4 nicht wirken u. § 150 I 4 (vgl. § 1175 h. t.) unanwendbar sein soll, ist nicht abzusehn. Von Widerruf ist deshalb auch nicht zu reden, wo, wie in § 1136 h. t., vgl. unt. Nr. 224, die Wirkung der Willenserklärung durch den Eintritt der Resolutivbedingung fortfällt.

Die aus der Natur der verpflichtenden disp. int. vivos folgende Unwiderruflichkeit durch den Schenker ist nach § 1089 h. t. grundsätzlich auch für die Schenkung festgehalten, der Widerruf dem Schenker nur ausnahmsweise gewährt im § 1090 für formlose, aber durch Uebergabe perfekt gewordene Schenkung binnen 6 Monaten ohne weiteren Grund, und begründet durch Uebermaß, Undank, superventio liberorum. Mit dem willkürlichen Widerruf, § 1090, der mit § 1065 offenbar nicht im Widerspruch steht, und der dabei streitig gewordenen Frage, ob das Recht auf die Erben übergeht, beschäftigt sich Erk. a. Der Grundsatz desselben war schon vorher in ObTr. 11 S. 256 (Präj. 1554) mit gleicher Begründung angenommen und ist trotz allseitigen Widerspruchs ohne neue Begründung aufrecht erhalten in

aufgestellt, daß sie durch den Tod des einen oder des anderen Contrahenten nicht geändert werden, sondern auf die Erben übergehen, ALR. I 5 § 415. Ausgenommen sind allerdings solche Rechte, welche an der Person des Erblassers haften, sie verschwinden mit dem Tode, I 2 § 102, gehören also nicht zur Erbschaft, I 9 § 360, und für solche Rechte ist der Satz zutreffend, daß sie als untrennbar von dem individuellen Willen dieses Einzelnen nicht abgetreten oder vererbt werden können. Es fehlt aber an hinreichenden Gründen dafür, daß jenes Widerrufsrecht an der Person des Schenkers hafte. Aus der Natur der Sache folgt dies keineswegs. Das Gesetz gestattet den Widerruf einer durch Uebergabe vollzogenen formlosen Schenkung innerhalb der bestimmten Frist aus derselben Absicht, aus welcher die Verbindlichkeit eines Schenkungsversprechens an die strengste Vertragsform, die gerichtliche, geknüpft ist, aus der Absicht nämlich, der mit der Anerkennung der Rechtsgültigkeit einer solchen Schenkung verbundenen Gefahr zu begegnen, daß der Schenker, dem Eindrucke des Augenblickes nachgebend, eine werthvolle Sache weggiebt, welche er bei besserer Ueberlegung nicht weggegeben haben würde. Der Gesetzgeber kann das als Correctiv gegen diese Gefahr dienende Widerrufsrecht in engerem oder weiterem Umfange statuiren, er kann es auf die Person des Erblassers beschränken und dadurch eine von demselben nicht widerrufene Schenkung für fortan unwiderruflich erklären; er kann aber auch im Hinblick auf den erfahrungsmäßig so häufig vorkommenden Fall, daß die Schwäche eines Sterbenden dazu gemißbraucht wird, ihn zu Schenkungen, die er sonst unterlassen haben würde, zu bestimmen, die Schenkung schlechtweg für widerruflich erklären, um den Erben die Ausübung des Widerrufsrechts nicht zu entziehen. Im ersten Falle ist der Widerruf von einer Willensänderung des Schenkers untrennbar, und es bedarf keines Beweises, daß der Erbe den Willen des Schenkers nicht mehr ändern kann; im anderen Falle bleibt der individuelle Wille des Schenkers außer Frage, das Widerrufsrecht ist dann ein lediglich an objektive Voraussetzungen geknüpftes Vermögensrecht, wie alle übrigen, und läuft im Effekt auf dasselbe hinaus, wie das Recht der Rückforderung wegen mangelnder Form. Ist hiernach aus der Natur weder für die eine, noch für die andere Meinung ein entscheidender Grund zu entnehmen, so handelt es sich lediglich um eine Frage der Interpretation. Für die Interpretation kann bei der

---

StrA. 59 S. 264; 93 S. 157; 100 S. 112; ObTr. 83 S. 10. In StrA. 59 S. 264, wo es sich übrigens um mündl. und deshalb ungültige Schenkung eines übergebenen Sparkassenbuchs, Nr. 222, handelte, es des Widerrufs deshalb nicht bedurfte, ist nur gemäß § 151 I 17 die Ausübung des Widerrufsrechts bei mehreren Erben an die Zustimmung Aller geknüpft, ebenso in StrA. 100 S. 112, wo nur die selbstverständliche Modifikation hinzugefügt, daß wenn der Beschenkte selbst Miterbe, es seiner Zustimmung nicht bedarf, da er gegen sich selbst nicht widerrufen kann. In StrA. 93 S. 157 ist konsequent das Recht auch dem Kurator des erblosen Nachlasses als dem Vertreter der unbekannten Erben gegeben, §§ 473—476 I 9; § 89 VO. Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob der Widerruf nichts ist als ein Rücktrittsrecht von einem formlosen Vertrage; als solches würde es wie in den §§ 155 ff. I 5 auf die Erben übergehn. Dem steht aber § 1065 direkt entgegen. Läßt das Gesetz den Erben in § 1112 den Widerruf selbst bei übermäßiger Schenkung, durch die sie sehr empfindlich getroffen werden können, nur aus eigenem R. unter der Bedingung des § 1113 oder, wenn der Schenker den Widerruf selbst gerichtlich erklärt hat, so ist der innere Grund für die Vererblichkeit des Widerrufs bei jeder Schenkung nicht abzusehn. In gleichem Maße sprechen §§ 1139, 1150, 1157—1159 dagegen. Danach faßt das ALR. das Widerrufsrecht als R. auf eine Willenserklärung, nicht als Vermögensrecht auf, ebenso wie dies von dem an verschiedenen Stellen erwähnten Wahlrecht gilt, II 1 §§ 495, 496. Vgl. unt. Nr. 4, Bd. 1 S. 18, 19. Die Gegengründe des ObTr. erscheinen unzureichend. Hat dagegen der Erbl. den Widerruf erklärt, so geht das dadurch begründete R. auf condict. des Gegebenen als Vermögensrecht auf die Erben über. Ueber Art und Form des Widerrufs s. unten.

Ueber den Widerruf wegen Uebermaßes bestimmen §§ 1091—1112; über die Interpretation des § 1106 vgl. ObTr. 61 S. 54 weiter unten. Die §§ 1140 ff., Widerruf wegen nachgeborenem Kinde, weichen vom gem. R., l. 6 C. 8, 56, erheblich insofern ab, als die superv. lib. nicht als Aufhebungsgrund ipso jure, sondern nur als Grund zum Widerruf und auch nur so lange nicht übergeben, wirkt. In ObTr. 38 S. 89 (StrA. 28 S. 250) ist aus

vorliegenden Controverse das gem. R. nicht verwerthet werden. Allerdings waren im älteren Röm. R. die dem Schenker durch die Lex Cincia gegebenen Vertheidigungs- und Klagemittel an die Person des Schenkers gebunden. (Fragm. Vatic. 259: morte Cincia removetur; 266: nisi forte durante voluntate decessit donator.) An die Stelle dieser Vorschriften ist aber im neueren Röm. R. die Insinuation der Schenkung, wie Justinian sie geregelt hat, getreten. Das ALR. hat dann die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Form der Schenkung absichtlich verlassen und die Materie neu geordnet. Die landrechtlichen Vorschriften können daher nur aus sich selbst interpretirt werden. Hierbei ist es entscheidend, daß der § 1090 I 11 den Widerruf allgemein, ohne irgend eine Andeutung der Beschränkung auf die Person des Schenkers, gestattet, es ist der Ausdruck gebraucht: der Widerruf findet statt. Der ganze Abschnitt unter dem Marginale: „Widerruf der Schenkungen" ergiebt ferner, daß nicht etwa die Beschränkung des Widerrufes auf die Person des Schenkers als die Regel hingestellt oder stillschweigend vorausgesetzt ist, sondern daß im Gegentheile die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von der Vererbung der Rechte entsprechenden Regeln die Grundlage bilden, und demgemäß von den Erben nur da noch besonders die Rede ist, wo der Uebergang des Widerrufsrechtes auf die Erben einer Beschränkung unterworfen wird, §§ 1112, 1139, 1157 ff., oder wo es gilt, einem darauf bezüglichen Zweifel zu begegnen, §§ 1137, 1162. Wenn der App.-Richter zur Unterstützung seiner Meinung hervorhebt, daß nach jenen beschränkenden Vorschriften der Uebergang des Widerrufsrechtes auf die Erben die bereits erklärte Willensänderung des Erblassers zu ihrer Voraussetzung hat, so ist hierauf zu erwidern, daß gerade, weil eine solche Beschränkung da, wo sie eintreten sollte, ausdrücklich getroffen ist, angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber das Widerrufsrecht des § 1090 nicht als höchstpersönliches Recht des Schenkers, sondern frei von dieser Beschränkung gewollt hat.

Gründe: b. Der App.-Richter nimmt an, daß eine Pflichttheils-Verletzung des Curanden durch die Schenkung, wenigstens zur Zeit, noch nicht feststehe. Für jetzt berücksichtigt er als Schenkung nur die Differenz des Kaufpreises zu 997 Thlr. gegen den Taxwerth der Stelle zu 2235 Thlr., also den Betrag von 1238 Thlr.

---

§ 1142 arg. a contrario mit Grund gefolgert, daß der Widerruf nicht mehr statthaft, wenn der Grund vorher durch den Tod des nachgeborenen Kindes fortgefallen ist, z. B. des Widerrufs also nicht bestand. In demselben Erk. ist zugleich angenommen, daß der Widerruf selbst gegen das gerichtl. Schenkungsversprechen, in welchem die Uebergabe zu bestimmter Zeit versprochen, nach § 1140 so lange, bis die Uebergabe erfolgt, geltend zu machen, auch wenn die superv. lib. nach dem stipulirten Uebergabetage eingetreten und selbst wenn sich nachher auch nur Schwangerschaft herausstellt, in welchem Falle der Widerruf allerdings nur bedingt durch die Geburt eines Kindes wirken soll. Daß nach § 1150 der Widerruf nur dem Schenker, nicht dem nachgeborenen Kinde als besonderes, neben den §§ 1113—1116 bestehendes R. gegeben, ist ganz unbedenklich. Das Kind hat das Revokationsrecht nur wegen der innerhalb drei Jahre vor dem Tode des parens gemachten Schenkungen, welche den Pflichttheil verletzen, ObTr. 15 S. 175; Präj. 1884. Bei Lebzeiten des Vaters hat es nur ein Anfechtungsrecht als Gläubiger unter den Bedingungen des Ges. v. 21. Juli 1879. Vgl. §§ 1117 ff.

Von dem Revokationsrecht verschieden ist das dem Schenker in §§ 1123 ff. gegebene Forderungsrecht.

Ueber die Form des Widerrufs finden sich Bestimmungen nur in §§ 1166, 1112, 1158, 1159. Aus § 1166, welcher nur die Folgen des unredl. Bes. an die gerichtl. Erklärung knüpft, ergiebt sich nichts dafür, daß abweichend von den allgem. Vorschriften in I 4 die gerichtliche Form erforderlich; die Verbindung des § 1166 mit § 1165 läßt vielmehr das Gegentheil entnehmen. Die besonderen Bestimmungen in §§ 1112, 1158, 1159 betreffen nur den Uebergang des Rechts aus dem Widerruf auf die Erben; sie lassen nicht entnehmen, daß die gerichtl. Form allgemein erforderlich. So das unten erwähnte StrA. 65 S. 122 u. StrA. 9 S. 192, 202, wo der Schenker einer Hypothek innerhalb 6 Monaten nach der Cession der Hypothek an den Beschenkten zu den Hypothekenakten den Widerruf erklärt und gegen die Umschreibung protestirt hatte, dem Beschenkten durch den Hypothekenrichter der Protest innerhalb der Frist mitgetheilt war. Dies ist für genügend erachtet. Dagegen setzt die Widerrufs-

Behufs Konstituirung des Pflichttheils erhöht er nach den Vorschriften §§ 1113, 1114 den Nachlaß des Erblassers auf die Hälfte der geschenkten Summe oder auf 619 Thlr. Hiervon berechnet er den Pflichttheil des Curanden. Da dieser mit der Wittwe und einem anderen Kinde des Erblassers konkurrirt, beträgt seine Intestat-Portion drei Achttheile, sein Pflichttheil ein Drittel derselben oder ein Achtel des Nachlasses. Demgemäß hält der App.-Richter dafür, daß der Curande ein Achtel von der 619 Thlr. betragenden Hälfte des Geschenkes oder 77 Thlr. 11 Sgr. 3 Pf. als Pflichttheil zu beanspruchen habe. Unbestritten ist in der Nachlaßregulirung der reine Nachlaß des Erblassers auf 256 Thlr. 2 Sgr. 8 Pf., der Erbtheil des Curanden auf 102 Thlr. 20 Sgr. 8 Pf. ermittelt, die ihm auch gewährt worden sind. Nach Ansicht des App.-Richters soll aber der Curande nur jene 77 Thlr. 11 Sgr. 3 Pf. als Pflichttheil zu fordern haben, weshalb er ihn in demselben nicht für verletzt erachtet.

Kläger giebt dem App.-Richter Schuld, daß er von den angezogenen §§ 1113, 1114 eine unrichtige Anwendung gemacht und sie dadurch verletzt habe. Er ist der Meinung, daß die gerügte Verkürzung des Curanden im Pflichttheile vorhanden sei, weil der reine Nachlaß nicht die Hälfte des Geschenks, jener nur 256 Thlr. 2 Sgr. 8 Pf., diese Hälfte 619 Thlr. betragen habe. Er folgert daraus eine Verpflichtung der Beklagten, den Nachlaß, an welchem der Curande als Miterbe Antheil hat, bis zu letzterem Betrage aus dem Geschenke zu erhöhen.

Der Widerspruch dieser Ansicht mit der des App.-Richters ist offenbar. Die des App.-Richters geht dahin, daß dem zum Pflichttheile berechtigten Erben nicht die Hälfte des Geschenks, sondern ein davon zu berechnender Pflichttheil zukomme und nöthigenfalls von dem Geschenknehmer ergänzt werden müsse. Die Frage, welche von beiden Alternativen die richtige sei, macht den alleinigen Streitgegenstand aus. Es treten hier noch besondere Nebenumstände ein, daß der Curande nicht alleiniger Erbe des Erblassers geworden ist, und mit dessen Wittwe und Tochter als Miterben konkurrirt, daß Beide ebenfalls Pflichttheils berechtigt sind, daß die Wittwe zugleich die Geschenknehmerin, und daß die Tochter bei dem jetzigen Prozesse nicht betheiligt ist.

---

erklärung wie jede andere Willenserklärung voraus, daß sie demjenigen gegenüber, den sie verpflichten soll, erfolgt und in einer Weise, daß er erkennen kann, daß sie ihn verpflichten soll. In StrA. 65 S. 122 hatte der Kläger dem Bekl. mündlich eine Summe geschenkt und übergeben, ihm aber in der Frist des § 1190 durch einen Dritten mündlich und schriftlich durch einen Rechtsanwalt erklären lassen, daß er die Schenkung widerrufe. Beide hatten weder Vollmacht, noch sich sonst für ihren Auftrag legitimirt. Als der Schenker nach Ablauf der 6 Monate auf Rückgabe klagte, ist die Klage in allen Instanzen abgewiesen. Das ObTr. deduzirt, daß die Widerrufserklärung dem Beschenkten die Ueberzeugung verschaffen müsse, daß sie von dem Schenker wirklich ausgehe und von ihm gewollt sei, §§ 2—4 I 4, daß bei Mittheilung durch einen Dritten schriftl. Vollmacht zwar nicht erforderlich, z. B. nicht, wenn der Schenker selbst dem Beschenkten mitgetheilt, daß er den Dritten mit dem Widerruf beauftragt, daß aber jedenfalls in der gesetzlichen Frist dem Beschenkten die Ueberzeugung verschafft sein müsse, daß der Auftrag wirklich bestanden. Ob dies der Fall, sei Sache konkreter thatsächlicher Prüfung. Der § 1168 über den Widerruf durch Verbringen des Objekts hat einen Sinn nur für den Fall des § 1135, vgl. §§ 315, 410 ff. I 12, da das Gesetz nicht durch § 1168 den § 1089 aufzuheben gewollt haben kann.

Der Widerruf ist nur in §§ 1090, 1093 an eine Frist gebunden; das Recht aus dem ausgeübten Widerruf verjährt in der gewöhnlichen Frist, § 546 I 9. Vgl. StrA. 93 S. 123 weiter unten. Die Wirkung des Widerrufs ist in den §§ 1164, 1165 geregelt. Die condict. geht danach, wie in § 30 Abs. 2 KonkO.; § 7 Abs. 2 Ges. v. 31. Juli 1879 gegen den Dritten, nur auf die Bereicherung z. Z. des Widerrufs. Ueber den Begr. der Bereicherung vgl. zu I 13 §§ 265, 273, 274; 9 §§ 494—498; II 18 §§ 847 ff. Ein Beispiel giebt OHG. 16 S. 164, wo A. seiner Frau Pferd und Wagen geschenkt, die sie nach seinem Tode für 280 verkauft hatte. Als im Konkurse über den Nachlaß die Schenkung angefochten wurde, drang die Klage auf Herauszahlung der 280 gegen die Frau durch, obwohl exzipirt wurde, daß der Beweis für das Vorhandensein des Kaufpreises nicht erbracht, § 265 I 13.

Auf alle diese Umstände und auf die Frage, welcher Betrag unter solchen Verhältnissen dem Curanden aus dem Geschenke herausgegeben werden müsse, kommt es jetzt nicht an.

Das ALR. handelt über die inoffiziöse Schenkung unter den Vorschriften vom Widerruf einer Schenkung, I 11 §§ 1090 ff. Nachdem hier über den Widerruf der Schenkung wegen Uebermaßes §§ 1091 ff. und in dem § 1112 speziell bestimmt war, daß ein solcher der Regel nach den Erben des Geschenkgebers nicht zustehen solle, verordnen darüber die unmittelbar folgenden §§ 1113, 1114 unter dem Marginal: „Widerruf wegen Verkürzung des Pflichttheils." Der Wortinhalt dieser Vorschriften ist ein deutlicher. Während der Erbe zu dem Widerruf einer Schenkung wegen Uebermaßes der Regel nach nicht berechtigt ist, kann der Notherbe eine Schenkung aus den drei letzten Jahren vor dem Tode des Erblassers widerrufen, wenn sie ihn im Pflichttheile verletzt. Für die Frage, ob dies der Fall, kommt es darauf an, wie sich der reine Nachlaß zur Höhe der Schenkung verhält. Ist das Verhältniß ein solches, daß der reine Nachlaß die Hälfte des Geschenks erreicht oder übersteigt, so findet der Widerruf nicht statt. Beträgt der Nachlaß weniger als die Hälfte, so ist der Notherbe zum Widerruf befugt. Derselbe bewirkt aber nicht die Aufhebung der ganzen Schenkung, sondern der Geschenknehmer soll nur so viel zu dem Nachlasse zuschießen resp. herausgeben, als an der Hälfte des Geschenkes fehlt.

Die Auffassung des App.=Richters, daß der Curande aus dem Nachlasse zwar den gewöhnlichen Pflichttheil zu beanspruchen habe, derselbe aber von der Hälfte des dem Widerrufe unterliegenden Geschenks zu berechnen sei, hat daher entschieden den deutlichen Wortsinn der §§ 1113, 1114 gegen sich. Eine Auslegung des Gesetzes, die seiner gewöhnlichen Wortbedeutung zuwiderläuft, ist nach der Vorschrift § 46 der Einl. ALR. nicht statthaft. Werden die allegirten §§ nach ihrem unzweifelhaften Grunde erklärt, so ist auch alsdann die Interpretation des App.=Richters eine verfehlte. Die §§ 1113, 1114 haben den gemeinrechtlichen Grundsatz adoptirt, daß der Pflichttheil dem Notherben, wie nicht durch eine letztwillige Verordnung, so auch nicht durch eine Schenkung entzogen und geschmälert werden dürfe, und denselben

---

Ueber den Widerruf bei don. remun. u. mortis c. vgl. Nr. 224.

Drittens giebt das ALR. ein Revokationsrecht in den §§ 1113—1116 (1150) wegen Verletzung im Pflichttheil u. in den §§ 1117—1122 wegen entzogener Alimente. In ObTr. 61 S. 87 (StrA. 75 S. 162) ist nebenbei gesagt, daß in den §§ 1117 ff. nicht unterschieden, ob die Alimentationspflicht auf Gesetz oder Vertrag beruht; begründet ist dieser Satz nicht. Von besonderer Bedeutung sind die das Widerrufsrecht wegen Verletzung im Pflichttheil behandelnden, vom gem. R. wesentlich abweichenden §§ 1113 ff., welche wegen ihrer unklaren Fassung zu zahlreichen Kontroversen Anlaß gegeben haben. In Frage kommt die Person des Berechtigten, des Verpflichteten, der Umfang von Recht und Pflicht, die Ausübung des Rechts. Die Person des Berechtigten bestimmt sich durch die Vorschriften in II 2 §§ 391 ff., 501 ff.; II 3 § 33 und des Provinzialrechts. Daß hier, da es sich lediglich um ein Vermögensrecht handelt, das Revokationsrecht ebenso wie das Pflichttheilsrecht selbst vererblich und cessibel, ist nicht bedenklich. Verpflichtet ist der Beschenkte und seine Erben, § 1164. Ueber die Bedeutung, welche dafür die Einräumung eines suspensiv bedingten Rechts auf das Geschenk haben kann, vgl. ObTr. 58 S. 126 (StrA. 67 S. 203), Erk. b. u. unt. Nr. 68, Bd. 1 S. 268, 269. Der Umfang des Rechts ist nach den unklaren Bestimmungen der §§ 1113, 1114 bestritten. Klar ist nur, daß nie mehr als die Hälfte der Schenkungen herauszugeben, daß wenn Nachlaß vorhanden, die Hälfte der Schenkungen zu ermitteln und zu dem reinen Nachlaß von der Hälfte der Schenkung so viel zuzuzahlen, daß der Nachlaß der Hälfte der Schenkungen gleichkommt, daß daher nothwendig die ganze Hälfte der Schenkung herauszugeben, wenn gar kein reiner Nachlaß vorhanden. Aber damit ist zunächst das Befriedigungs*objekt* gewonnen. Da es sich um Befriedigung des Pflichttheilserben wegen *seines Pflichttheils* handelt, so fragt es sich, wie dieser Pflichttheil zu berechnen, von welcher Masse, ob von dem vorgefundenen Nachlaß, oder von der Schenkung, oder der Hälfte der Schenkung oder von dem reinen Nachlaß und der halben oder ganzen Schenkung, ferner, wie es zu halten, wenn mehrere Pflichttheilsberechtigte vorhanden. Aus dem Erk. b. u. c. ist mit einiger Mühe der Stand=

nur auf Schenkungen aus den letzten drei Jahren vor dem Tode des Erblassers beschränkt. Dies ergiebt sich schon aus dem Marginale, welches als Gegenstand der folgenden §§ die Bestimmungen über den Widerruf wegen Verkürzung des Pflichttheils bezeichnet. In den §§ 1115, 1116, welche den Fall mehrerer Schenkungen innerhalb der drei letzten Jahre betreffen, ist in jenem von einer Verkürzung im Pflichttheil, in diesem von einer Ergänzung des Pflichttheils die Rede. Unter den Vorschriften über den Widerruf der Schenkungen wegen nachgeborener Kinder werden im § 1150 die Kinder des Geschenkgebers nur insofern zum Widerruf für berechtigt erachtet, als sie nach §§ 1113—1116 durch die Schenkung im Pflichttheile verkürzt sein würden. Ueberall weiset daher das Gesetz auf den Pflichttheil hin, der dem Notherben gewährt werden müsse und der durch die Schenkung nicht geschmälert werden dürfe. Der Pflichttheil macht sowohl nach Röm. als nach ALR. eine Quote der Intestat-Portion aus. Mit den allgemeinen Bestimmungen über denselben steht es in Widerspruch, wenn der App.-Richter annimmt, daß der Pflichttheil, auf den der Notherbe Anspruch hat, nicht in der entsprechenden Quote des Nachlasses, sondern der im § 1113 bezeichneten Hälfte des Geschenks bestehe, der Notherbe daher durch die Schenkung nicht im Pflichttheil verkürzt sei, wenn er den Betrag dieser Quote schon aus dem übrigen Nachlasse erhalten habe.

Für die Beurtheilung, ob und inwieweit eine Schenkung als inoffiziös angefochten werden könne, kommt es nach Röm. R. auf den Betrag der Schenkung und des übrigen Vermögens des Geschenkgebers zusammengenommen an. Von der so konstituirten Vermögensmasse muß den Notherben der dem Pflichttheil entsprechende Betrag freibleiben. Reicht der Nachlaß dazu nicht aus, so ist derselbe von dem Geschenknehmer aus der Schenkung zu ergänzen. Die §§ 1113, 1114 enthalten eine andere Bestimmung, daß der Pflichttheilsberechtigte einen der Hälfte des Geschenks gleichkommenden Betrag zu beanspruchen habe. Dieselbe stimmt ebenfalls, nur in anderer Art wie die Auffassung des App.-Richters, nicht mit den Grundsätzen über den Pflichttheil überein. Ihr zufolge erhält mit seltener Ausnahme der Pflichttheilsberechtigte ent-

---

punkt der Praxis dahin zu entnehmen: **1.** daß reiner Nachlaß und die sämmtlichen Schenkungen der letzten 3 Jahre, § 1113, zusammen zu rechnen; davon geht auch RG. in Gruchot 24 S. 979 aus; **2.** daß dies als der fingirte Nachlaß anzusehn, von welchem der gesetzliche Pflichttheil zu berechnen; **3.** daß bei Berechnung des Pflichttheils ganz so zu verfahren, wie bei Berechnung des Pflichttheils für die quer. inoff. test., d. h. daß zu beachten, wie viel Intestat- und Pflichttheilserben vorhanden; **4.** daß zur Befriedigung aller Pflichttheilsberechtigten nur so viel herauszugeben, daß der Nachlaß u. das Herausgegebene der Hälfte der Schenkungen gleichkommt. Die Hälfte der Schenkung bildet hiernach das Maximum dessen, was zu leisten; mehr ist jedenfalls nie zu leisten, weniger ist möglicherweise zu leisten, wenn der von Schenkung und Nachlaß berechnete Pflichttheil zu seiner Erfüllung weniger erfordert. Daß der Berechtigte den vollen Pflichttheil erhält, ist danach nicht das nothwendige, nur das mögliche Ergebniß; jedenfalls erhält er nie mehr als den Pflichttheil; was er aus dem vorhandenen Nachlaß erhält, ist stets auf den Pflichttheil anzurechnen.

Die Erk. des ObTr. über alle diese Fragen sind keineswegs durchweg klar. In StrA. 37 S. 81 hatte A. seiner Tochter 1852 5000 geschenkt, bei seinem Tode 1853 ca. 1719 als Nachlaß und 4 Kinder hinterlassen. Die drei benachtheiligten Kinder klagten auf Ergänzung des Nachlasses bis auf Höhe von 2500 als der Hälfte der Schenkung u. Zahlung der in sep. zu ermittelnden Summe ad dep. des Nachlaßgerichts. Das ObTr. hat hier die Klage auf Einzahlung mit der Motivirung abgewiesen, daß die zur Ergänzung erforderliche Summe Theil des Nachlasses werde, daß die beklagte Tochter und Miterbin die Summe als Nachlaßschuld verschulde, daß ihr selbst $^1/_4$ davon zustehe, daß sie deshalb ebensowenig wie in jedem anderen Falle der Miterbe ohne Weiteres zur Zahlung angehalten werden könne. (Vgl. ObTr. 39 S. 101 zu I 17.) Die Entsch. erscheint falsch darin, daß die Bekl. selbst Antheil an dem von ihr Einzuzahlenden haben solle. Ihr Antheil betrug lediglich $^1/_4$ des vorgefundenen Nachlasses; sie selbst als die Beschenkte kann durch die Schenkung nicht im Pflichttheil benachtheiligt sein, sie schuldete nichts zum Nachlaß, sondern den benachtheiligten Mit-

weder mehr oder weniger als sein Pflichttheil betragen würde, wenn die Schenkung nicht geschehen wäre. Hierdurch können Zweifel bei Auslegung der Vorschrift entstehen, indem nicht ersichtlich und nicht anzunehmen ist, daß es in der Absicht gelegen habe, für die inoffiziöse Schenkung einen eigenthümlichen Pflichttheil oder eine besondere Art der Berechnung einzuführen. Diese Verschiedenheit würde immer nicht die vom App.-Richter den §§ 1113, 1114 gegebene Deutung rechtfertigen, daß in den Fällen derselben die den Pflichttheil ausmachende Quote des Nachlasses von der Hälfte des Geschenkes zu berechnen sei. Dies Bedenken wird indeß durch die Entstehungs-Geschichte jener §§ und durch die Aufschlüsse gehoben, welche die beiden Aufsätze in Simon u. v. Str. Zeitschr. Heft 1 S. 63 S. 75 und die Motive zur Ges.-Rev. Pens. 14 S. 193 darüber geben. Es ist dort nachgewiesen, daß eine Abweichung von den allgemeinen Regeln über den Pflichttheil nicht beabsichtigt ist, aber bei der Redaktion mehrfache Irrthümer vorgekommen sind.

Die gleichen Bestimmungen wie in den §§ 1113, 1114 fanden sich schon in den §§ 784, 785 des Entw. zum ALR. Dieser hatte den Pflichttheil der Descendenten und Ascendenten in allen Fällen auf die Hälfte ihrer Intestat-Portion festgesetzt. Dieselbe Quote, als die allgemein geltende, wurde für den Pflichttheil bei der inoffiziösen Schenkung zur Anwendung gebracht. Das ALR. ist theilweise von ihr abgegangen und hat den Pflichttheil verschiedentlich auf ein Drittel, die Hälfte oder zwei Dritttheile der Intestat-Portion bestimmt. Die Veränderung ist bei den §§ 1113, 1114 übersehen, und hier die Quote allgemein, sowie sie der Entwurf aufgenommen hatte, stehen geblieben.

Nach dem Entw. sollte in gleicher Art, wie die Schenkung, auch der Leibrenten-Vertrag einer Anfechtung wegen Verletzung im Pflichttheil unterliegen. Im § 710 des Entwurfes war bestimmt, daß wenn der Nachlaß nicht die Hälfte des für die Leibrente bezahlten Kapitals betrage, der Verkäufer der Leibrente von dem Kapital ebensoviel, als an dieser Hälfte fehle, zurückgeben müsse. Hiergegen ward monirt, daß da der Pflichttheil die Hälfte der Intestat-Portion betrage, so viel zurückgegeben werden müsse, als an der Hälfte des Leibrenten-Kapitals und des wirklichen Nachlasses zusammengenommen fehle, oder wie ein anderer Monent sich ausdrückte, daß Nachlaß und Renten-Kapital eins soviel als das Andere betrage. Dies Monitum ist für begründet erachtet, und in Beziehung auf dasselbe von Suarez bemerkt: Was der Verkäufer noch hinter sich hat, wird zum Nachlaß oder zur Masse gerechnet, und vom universo erhalten die Kinder dimidiam. Infolgedessen hat die Bestimmung des Entwurfs im ALR. I 11 §§ 638, 639 eine veränderte Fassung erhalten, dahin gehend, daß der durch den Bezug der Leibrente noch nicht absorbirte Kapitalrest behufs der Bestimmung des Pflichttheils dem übrigen Nachlasse beizurechnen sei, und wenn letzterer nicht die Hälfte des auf solche Art ausgemittelten Ganzen betrage, der Verkäufer der Leibrente das an dieser Hälfte Fehlende von dem Kapitale herauszugeben habe. Es wird daher das Vermögen, von welchem dem Notherben der Pflichttheil zukommt, durch Einwerfung des Leibrenten-Kapitals

---

erben, denen der Anspruch aus eigenem Recht zusteht. Richtig war so zu verfahren, daß von dem Nachlaß von 1710 + der Schenkung von 5000 der Pflichttheil eines jeden der 3 Miterben zu berechnen, von dieser Summe abzuziehen, was Jeder aus dem vorhandenen Nachlaß zu erhalten ($^1/_4$ von 1709), der Rest aller drei, soweit er das zur Ergänzung des Nachlasses auf 2500 Erforderliche nicht überstieg, an alle drei zu zahlen. (Förster-Eccius 4 § 248_{93} scheint der Entsch. indessen zuzustimmen.)

In ObTr. 62 S. 84 (StrA. 74 S. 237) hatte A. 3 Kinder und 1 Enkel hinterlassen, die 3 Kinder eingesetzt, den Enkel übergangen. Der reine Nachlaß betrug ca. 776 Thlr., vier Jahr vor seinem Tode hatte A. aber den 3 Kindern 3000, 3000 u. 750 Thlr. geschenkt. Der Enkel forderte seinen Pflichttheil, berechnete zu diesem Zwecke die Hälfte der Schenkungen auf 3275 Thlr. und das, was am Nachlaß daran fehlte, auf 2598 Thlr. Von der Hälfte der Schenkungen forderte er $^1/_4$ als sein Erb- und Pflichttheil mit 843 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. und diese sprach der 2. Richter zu, weil die Reduktion des Erbtheils auf den Pflichttheil schon durch die Beschränkung des Widerrufs der Schenkungen auf die Hälfte stattfinde, die Hälfte der Schenkungen deshalb den Nachlaß repräsentire und von diesem der Erbtheil als Pflichttheil zu fordern. Für diese Auslegung bietet das Gesetz nicht den mindesten Anhalt, das

in den Nachlaß konstituirt, und der Pflichttheil besteht in einer Quote dieses Vermögens, die nur aus dem vorgedachten Irrthum allgemein als die Hälfte desselben angenommen ist. In der Materie von der Schenkung ist das gleiche Monitum erhoben, und zur Begründung auf das darüber beim Leibrenten-Vertrag Bemerkte Bezug genommen. Hier wurde aber eine Aenderung nicht vorgenommen, in der irrigen Meinung, daß das Monitum durch die neugefaßte Bestimmung beim Leibrenten-Vertrage schon erledigt sei. Die Redaktoren haben demnach, wie mit Sicherheit anzunehmen, bei den §§ 1113, 1114 bezweckt, dem Pflichttheilsberechtigten durch die Ergänzung des reinen Nachlasses bis zur Hälfte des Geschenks den gewöhnlichen Pflichttheil, den sie als die Hälfte der Intestat-Portion betrachtet haben, zu gewähren. Die Bestimmung paßt auch für den Fall der größtmöglichen Pflichttheils-Verletzung durch Verschenkung des ganzen Vermögens, den sie vor Augen gehabt haben mögen. Ist gar kein sonstiger Nachlaß vorhanden, so hat der Geschenknehmer die ganze Hälfte des Geschenks herauszugeben, und erhält der Pflichttheils-Berechtigte durch dieselbe seinen in der Hälfte der Intestat-Portion bestehenden Pflichttheil.

In dem obengedachten Falle verhält sich der Pflichttheil zu dem in Kraft bleibenden Theil der Schenkung wie 1 zu 1. In dem entgegengesetzten Falle, wenn der reine Nachlaß die Hälfte des Geschenks beträgt, ist nichts herauszugeben und kommt das Verhältniß wie 1 zu 2 zu stehen. Dazwischen liegen die Fälle, in denen ein reiner Nachlaß vorhanden ist, aber nicht die Hälfte des Geschenks ausmacht und bis zu derselben erhöht werden muß. In diesen Fällen ist das Verhältniß stets ein verschiedenes und in jedem einzelnen ein um so ungünstigeres für den Geschenknehmer, je höher die Differenz zwischen dem reinen Nachlaß und dem Geschenk sich beläuft, einen je größeren Betrag er herauszugeben hat, um ersteren auf die Hälfte des Geschenks zu ergänzen, und je mehr sich dadurch der ihm verbleibende Theil des letzteren verringert. Diese Ungleichheit ist nicht beabsichtigt, Folge der fehlerhaften Fassung und wie diese bei der Redaktion nicht wahrgenommen. Die Fassung hätte ferner eine Bestimmung nöthig gemacht, wie die Berechnung zugelegt werden solle, wenn an dem Nachlasse mehrere Erben und darunter solche konkurriren, denen kein Pflichttheil gebührt. Es ist ein weiterer Mangel der §§ 1113, 1114, daß eine solche nicht getroffen ist.

Sind nun auch alle diese Mängel in der Fassung der §§ 1113, 1114 cit. nicht zu bestreiten, so erscheinen sie doch nicht geeignet, von dem Wortinhalte der Vorschrift abzugehen und die Auslegung zu rechtfertigen, zu der der App.-Richter gelangt ist, weil er ihre wörtliche Bestimmung mit dem Grundsatze vom Pflichttheil ALR. II 2 § 392 nicht in Uebereinstimmung gefunden hat. Die Voraussetzungen der §§ 1113, 1114 sind vorhanden. Der reine Nachlaß beträgt 256 Thlr. 2 Sgr. 8 Pf., die Hälfte des Geschenkes 619 Thlr. und daher mehr als ersterer. Wenn der App.-Richter dennoch die auf Ergänzung des Pflichttheils abzweckende Klage zurück-

---

ObTr. hat deshalb vernichtet und den auch in den Erk. b., c. adoptirten Satz ausgesprochen, daß der widerrufende Pflichttheilsberechtigte nur die nach § 392 II 2 zu berechnende Quote fordern könne. Das ObTr. deduzirt aber weiter, daß dieser Pflichttheil von der nach § 1114 zu konstituirenden Nachlaßmasse zu berechnen sei, daß § 1114 den Zweck habe, zu bestimmen, wie die Nachlaßmasse dem Erben gegenüber zu berechnen sei. Es spricht deshalb dem Kläger nur 421 Thlr. 26 Sgr. 3 Pf. als den Pflichttheil von der Hälfte der Schenkung zu. Richtig wäre aber auch hier der Pflichttheil von der ganzen Schenkung und dem reinen Nachlaß zu berechnen gewesen ($940\frac{1}{4}$ Thlr.) u. da der Pflichttheil, den der Erbe aus dem Nachlaß erhielt (194 Thlr.), geringer war, der Rest (746 Thlr.) von den Beklagten aus dem viel erheblicheren Betrage, der erforderlich, um den Nachlaß auf die Hälfte der Schenkungen zu erhöhen, pro rata der Schenkungen nachzuzahlen gewesen. In demselben Erk. findet sich weiter die bedenkliche Ausführung: wenn der anfechtende Erbe nicht mit anderen Erben konkurrire, sondern der einzige Erbe sei, der befugt, seine ganze Erbportion zu fordern, so erhalte er von den Geschenknehmern als unbetheiligten Dritten vielleicht neben dem ganzen Nachlaß noch den ganzen Ergänzungsbetrag, und zwar als Erbschaft. Dies erscheint alles nicht richtig. Als Intention des Gesetzes ist anzusehn, daß der Erbe mindestens den

weist, in der Ansicht, daß dem Curanden gemäß § 392 l. c. ein von der Hälfte des Geschenks zu berechnender Pflichttheil zukomme, hat er die drei bezeichneten §§ verletzt.

Für die Hauptsache kommt noch in Betracht: Beklagte bemängelt ihre Passiv-Legitimation, indem sie der Meinung ist, daß die Klage gegen sie und gegen die Tochter des Erblassers gemeinschaftlich hätte gerichtet werden müssen.

Hierin ist ihr beizupflichten. Kläger, wie gedacht, sieht eine in dem Kaufkontrakt versteckte Schenkung wegen Verletzung seines Curanden im Pflichttheile an. Der Anspruch ist gegen den Beschenkten auszuführen, er bezweckt, daß der Pflichttheil aus dem Geschenke ergänzt werde. Die Schenkung ist vom Erblasser beiden, der Beklagten und seiner Tochter, zugewendet, der Verkauf an erstere unter der Bestimmung geschehen, daß sie die Gärtnerstelle an die Tochter bei deren erreichter Majorennität für den nämlichen Preis weiter verkaufe. Die in dem höheren Werth der Grundstücke liegende, die Schenkung ausmachende Vermögens-Bereicherung soll daher nach Ablauf der angegebenen Zeit von der Beklagten auf die Tochter übergehen. Bei der Ungewißheit, ob die Zeit eintreffen, die Tochter das großjährige Alter erleben wird, hat die Beifügung derselben nach § 163 I 4 ALR. die Bedeutung einer Bedingung, für die Beklagte einer auflösenden, für die Tochter einer aufschiebenden. Mit dem Eintreffen der Zeit wird Beklagte des Vermögensvortheils verlustig, § 114, 115 I 4, die Erwerbung des bis dahin eventuellen noch nicht ausübbaren Rechts der Tochter vollendet, §§ 101, 102 I 4 ALR.

Nach dem Kontrakte soll zwar der Weiterverkauf wegfallen, die Gärtnerstelle der Beklagten verbleiben, wenn die Tochter vor dem großjährigen Alter verstirbt. Daraus folgt aber nur, daß das eventuelle Recht der letzteren ein an ihre Person gebundenes nicht vererbliches, keinesweges aber, daß es als ein gar nicht vorhandenes anzusehen ist. Die Beklagte darf zum Nachtheile desselben nichts vornehmen und hat es nicht dem Curanden des Klägers gegenüber zu vertreten, § 103 I 4. Die gegen sie ergehende Entscheidung ist für das Recht der Tochter nicht präjudizirlich. Rücksichtlich des letzteren fehlt es der Beklagten an der erforderlichen Passivlegitimation, und hätte die Klage zugleich gegen die Tochter angebracht werden müssen. Die Entscheidung des App.-Richters ist auf Abweisung der Klage nur in der angebrachten Art ausgefallen und aus diesem Grunde aufrecht zu halten gewesen.

Gründe: c. Der App.-Richter hat angenommen, nach den §§ 1113 ff. I 11 ALR. könnten Notherben, welche mit Intestaterben konkurriren, eine Schenkung des Erblassers nur insoweit revoziren, wie er wörtlich sagt: um ihren nach dem auf die Hälfte der Schenkung fingirten Betrage des Nachlasses nach den Regeln der Intestaterbfolge zu berechnenden Theil desselben zu verwirklichen und weil in vorliegendem Falle Kläger noch mit anderen Intestaterben ihrer Tochter konkurrirten, so könnten sie nicht die Hälfte der Schenkung, sondern nur den nach obigem Satze zu berechnen-

---

Pflichttheil erhält, den er erhalten haben würde, wenn die Schenkung nicht gemacht wäre, diesen Pflichttheil aber nur soweit, als die Hälfte der Schenkung bez. das vom Nachlaß an dieser Hälfte Fehlende dazu ausreicht, und auch immer nur unter der Voraussetzung, daß der Nachlaß die Hälfte der Schenkung nicht erreicht, — wobei anzuerkennen, daß der Gedanke des Gesetzes unklar und unklar ausgedrückt.

In StrA. 98 S. 77 hatte A. eine Hypothek von 6500 auf dem Grundstücke des B. B. verkaufte dasselbe an die zweite Ehefrau des A. 1865 für 4430, von denen nur 30 baar bezahlt, der Rest durch Uebernahme getilgt wurde, während der Ehemann A. auf die für ihn eingetragene Hyp. unentgeltlich verzichtete. A. starb bald darauf, der Nachlaß bestand in ca. 276 Thlr. Festgestellt wurde, daß das Grundstück, welches die A. für 4430 gekauft, 10170 werth, daß B. es für 4430 nur verkauft, weil der A. auf die Hyp. von 6500 verzichtet, daß der Ehefrau damit also 5710 geschenkt. Die Kinder des A., denen nach Märk. R. die Hälfte der Intestaterbportion vom Nachlaß des Vaters als Pflichttheil zustand, und welche danach zusammen die Hälfte des Nachlasses hätten fordern können, fochten die Schenkung an. In diesem Fall ist richtig, soweit zu ersehn, der Pflichttheil von dem Nachlaß und der Schenkung zusammen berechnet und da er mehr betrug, als das was die Beklagte zur Ergänzung

den aliquoten Theil derselben beanspruchen, da aber nach Lage der Sache dieser aliquote Theil nicht festgestellt werden könne, so seien sie in angebrachter Art abzuweisen. Die Kläger sehen hierin eine Verletzung der §§ 1113, 1114, wonach die Notherben in allen Fällen, auch bei der Konkurrenz mit anderen Intestaterben, für sich allein dasjenige fordern könnten, was im Nachlasse an der Hälfte des Geschenkes fehlt. Diese Ansicht der Kläger, welche auch von Bornemann (Syst. Darstellung Bd. 3 S. 219) und Koch (das R. der Ford. Bd. 3 S. 204 ꝛc.) aufgestellt wird, ist aber nicht als richtig anzuerkennen.

Der vorliegende Streitfall, in welchem die klagenden Notherben mit anderen nicht in lite befindlichen Intestaterben der Erblasserin konkurriren, wird durch die Erk. des ObTr. StrA. 37 S. 81 ObTr. 58 S. 126, 62 S. 84 nicht berührt. In den diesen Entscheidungen zu Grunde liegenden Fällen waren die beiderseitigen Parteien Notherben, und außer den Notherben konkurrirten keine Intestaterben. Während es in dem älteren Erkenntnisse sich nur um die Frage handelte, ob der Geschenknehmer den ganzen rückzahlbaren Betrag der Schenkung, an welchem ihm als konkurrirenden Notherben gleichfalls Rechte zustanden, zur Nachlaßmasse herauszuzahlen hatte, kam es in den beiden jüngeren Entscheidungen nur auf die Art der Berechnung des Pflichttheiles an; in allen drei Fällen war es nicht streitig und keine Entscheidung darüber zu treffen, ob der klagende Notherbe mehr, als seinen Pflichttheil aus dem zurückzugebenden Theile des Geschenkes für sich beanspruchen könne, und in den beiden späteren Fällen war ausdrücklich nur der Pflichttheil eingeklagt. In dem jetzt angegriffenen Erkenntnisse sind die Kläger nicht blos zum Pflichttheile, sondern sogar zur Intestaterbportion für berechtigt erachtet; es ist ihnen wegen der Konkurrenz mit Intestaterben nur der darüber hinausgehende Theil des aus der Schenkung zu ergänzenden Nachlasses abgesprochen und allein die Frage, ob ihnen bei der Konkurrenz mit Intestaterben die ganze Summe, welche im Nachlasse an der Hälfte des Betrages der Schenkung fehlt, zukommt oder nicht, bildet den Gegenstand der vorliegenden Beschwerde. Jene Erkenntnisse haben sich mit dieser Frage nicht beschäftigt und von ihnen ist daher bei der Beantwortung der letzteren als einer noch offenen Frage abzusehen.

Die §§ 1113 ff. bieten in der Auslegung mehrfache Schwierigkeiten dar und sie haben in verschiedenen Beziehungen zu den abweichendsten Meinungen geführt. Die bei ihrer Redaktion vorgekommenen Irrthümer haben bewirkt, daß mehrfach der Wortlaut des Gesetzes mit der Absicht des Gesetzgebers im Widerspruche steht, und da, wo dies der Fall ist, kann die Anwendung des Gesetzes ihre Quelle nur in dem Ausspruche, nicht in der davon abweichenden Absicht des Gesetzgebers haben. Allein deshalb bleibt doch die Interpretationsregel bestehen, daß bei denjenigen aus den §§ 1113 ff. zu beantwortenden Fragen, bei welchen der Ausdruck des Gesetzes nicht ganz klar ist und zu Zweifeln Anlaß giebt, diejenige Meinung den Vorzug hat, welche die klar erhellende Absicht des Gesetzgebers für sich hat und gegen den Ausdruck des Gesetzes nicht verstößt. Der § 1113 bestimmt nur den Fall, in welchem

---

des Nachlasses auf die Hälfte der Schenkung nachzuzahlen hatte, an sich die Bekl. zur Nachzahlung von 2578 Thlr. als des Betrages, der zur Ergänzung des Nachlasses auf die Hälfte der Schenkung erforderlich, für verpflichtet erachtet. Dabei kam aber zur Sprache: Der Beklagten stand eine Illatenforderung von ca. 1171 Thlr. zu. Diese wollte die Bekl. in Abzug bringen und dies ist ihr auch in 2. u. 3. Instanz zugelassen, weil der Beschenkte unter keinen Umständen, selbst wenn kein Nachlaß vorhanden, mehr als die Hälfte der Schenkung herauszugeben verpflichtet, der Beschenkte daher nicht verpflichtet, aus dem Geschenke zuerst das herauszugeben, was zur Deckung der Passiva nothwendig, und dann noch den reinen Nachlaß auf die Hälfte der Schenkung zu bringen. Dies entspricht den §§ 1113, 1114. Die Hälfte der Schenkung bleibt dem Beschenkten danach jedenfalls (Präj. 1460 schon ebenso). In dem entschiedenen Falle war die Wittwe, deren Forderung durch die Anfechtung der Schenkung gar nicht berührt, befugt, sich an den Nachlaß zu halten und gegen die Klageforderung mit ihrer Forderung abzurechnen.

In StrA. 93 S. 123 sind diese Fragen nicht zur Sprache gekommen, sondern nur die Frage behandelt, ob die Ausübung des Rechts aus §§ 1113 ff. an eine Frist gebunden, oder der gewöhnlichen Verjährung, § 546 I 9, unterliegt. Letzteres ist angenommen und ganz un=

der Widerruf einer Schenkung des Erblassers statthaft ist, und er hat zur Voraussetzung, daß der Notherbe im Pflichttheile verletzt ist. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, geht aber aus dem nicht abgeänderten gleichen Grundsatze des gem. R., aus dem Marginale „Widerruf der Schenkungen 3., wegen Verkürzung des Pflichttheiles" und aus der Bezugnahme im § 1150 a. a. O. hervor, wo den nachgeborenen Kindern des Geschenkgebers das Recht zum Widerrufe insofern ertheilt wird, als sie nach den §§ 1113 bis 1116 durch die Schenkung im Pflichttheile verletzt sein würden. Es brauchte auch diese Voraussetzung nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, weil die im § 1113 hinzugefügte Bedingung, daß der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte der geschenkten Summe oder Sache ausmache, selbstverständlich nicht eintreten kann, ohne daß auch der Notherbe im Pflichttheile verkürzt ist. Erst der § 1114 bestimmt die Wirkung, welche der Widerruf für den Geschenknehmer hat und was er herausgeben muß, und wenn es sich überhaupt nur um den Schutz des Pflichttheilrechtes handelt, so ist die Erwartung gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber dem Geschenknehmer eine Verpflichtung nur soweit auferlege, als zu diesem Schutze erforderlich ist, daß er ihn also einfach verpflichte, das am Pflichttheile des Notherben Fehlende zu ergänzen. Der § 1114 läßt erkennen, daß der Zweck der Bestimmung war, zu Gunsten des Geschenknehmers dessen Verpflichtung auf ein Mindermaß zurückzuführen, und derselbe sollte von der Pflicht befreit werden, mehr herauszugeben, als zur Ergänzung des halben Betrages der Schenkung nöthig ist. Es wurde die Grenze bestimmt, bis zu welcher die Pflicht des Geschenknehmers reichen dürfe, und dies ist nicht identisch mit der Grenze, bis zu welcher seine Pflicht in allen und jedem Falle nothwendiger Weise gehen muß. Es hat daher nur ein Maximalbetrag für seine Verpflichtung aufgestellt und gesagt werden sollen, der Geschenknehmer dürfe nicht mehr, als zu jener Hälfte fehlt, zurückgeben, d. h. so viel, als dem Pflichttheile durch die Schenkung entzogen ist, niemals aber mehr, als die Hälfte des Geschenkes hierzu verwenden. Dieser Sinn würde unzweifelhaft dem Gesetze zu entnehmen sein, wenn es hieße: „doch darf — nicht mehr als — zurückgegeben werden"; die Substitution der Worte „darf nur" zwingt nicht, von diesem Sinne abzugehen, sondern läßt auch nach dem Wortausdrucke noch immer Raum für diese Auslegung und letztere empfiehlt sich um so mehr, als sie mit dem vorher erwähnten Zwecke des Gesetzes, nämlich dem bloßen Schutze des Pflichttheilrechtes, im vollen Einklange steht; während eine Auslegung, nach welcher die Ergänzung nicht des Pflichttheiles, sondern des halben Betrages der Schenkung stets eintreten muß, sehr häufig die Wirkung hervorbringen würde, dem Geschenknehmer eine über jenen Zweck hinausgehende Verpflichtung aufzuerlegen. Suarez sagt in der rev. monit. (Simon u. v. Strampff's Zeitschr. 1 S. 71), indem er von der früher allgemeiner vorkommenden Ansicht ausgeht, nach dem gem. R. hebe der Widerruf des Notherben die ganze Schenkung auf: „Diese Theorie (der donatio inofficiosa) weicht von der bisherigen darin ab, daß nicht die ganze Schenkung, sondern nur quatenus est inofficiosa, wieder aufgehoben wird."

---

bedenklich, da das Gesetz keine Frist bestimmt, die 3 Jahre in § 1113 nur das Anfechtungsobjekt bestimmen, § 440 II 2 Voraussetzungen ganz anderer Art hat.

Der Umfang der Pflicht des Beschenkten geht aus dem Vorstehenden hervor. Begrenzt wird sie noch durch § 1116, insofern danach die älteren Schenkungen nur soweit herangezogen werden, als sie erforderlich, um den Nachlaß zu ergänzen. In ObTr. 61 S. 54 wird dabei die auch für die §§ 1103, 1104, 1106—1108 erhebliche Frage behandelt, wie es bei Schenkungen an demselben Tage zu halten, die nach § 1107 nicht nothwendig als dieselbe Schenkung gelten, bei denen es daher unter Umständen darauf ankommen kann, den früheren oder späteren Schenkungsakt zu ermitteln. In dem entschiedenen Falle hatte der Schenker an demselben Tage vor demselben Notar in mehreren getrennten Akten schenkungshalber cedirt. Die Akten waren aber getrennt, unmittelbar hintereinander aufgenommen, nachdem der Schenker seine Absicht, die Forderungen an die verschiedenen Beschenkten zu cediren, ausgesprochen. Hierin ist „eine und dieselbe Handlung" im Sinne § 1106 gefunden, übrigens auf die konkrete Beurtheilung des einzelnen Falls verwiesen.

Die Aeußerung von Suarez bezieht sich auf die §§ 784, 785 des gedr. Entw. des allgem. Gesetzbuches, welche ihrem Inhalte nach mit den §§ 1113, 1114 übereinstimmen, und sie ergiebt deutlich, daß mit dem § 1114 nicht mehr beabsichtigt wurde, als den Pflichttheil des widerrufenden Notherben zu ergänzen. Ferner verlangen die sich unmittelbar anschließenden §§ 1115, 1116 für den Fall, daß der Erblasser während der letzten drei Jahre mehrere Geschenke gemacht hat, ausdrücklich nur die Ergänzung des Pflichttheiles und es ist gar kein Grund abzusehen, warum dieser Fall, welcher auch zutrifft, wenn die mehreren Geschenke derselben Person an demselben Tage, aber zu verschiedenen Stunden gemacht sind, anders behandelt werden sollte, als der Fall, wenn dieselben Geschenke in einer einzigen Summe gleichzeitig derselben Person gemacht worden sind. Auch giebt der § 1150 a. a. O. den nachgeborenen Kindern ein Widerrufsrecht nur insofern, als sie nach den §§ 1113 bis 1116 durch die Schenkung im Pflichttheile verletzt sein würden, und es ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß hier die Wirkung des Widerrufs anders, als in den in Bezug genommenen §§ 1113 bis 1116 festgesetzt werden sollte. Endlich hat das ALR. auch bei der Anfechtung eines Testamentes wegen Verkürzung im Pflichttheile den Grundsatz ausnahmslos befolgt, daß die Wirkung der Anfechtung sich nur auf die Ergänzung des Pflichttheiles erstreckt, §§ 391 bis 398 II 2 ALR., und die Redaktoren haben gewiß nicht die Absicht gehabt, die Vornahme von donationes inter vivos mehr zu beschränken, als die Testirfreiheit; in beiden Materien haben sie eben nur das Pflichttheilsrecht in dessen gesetzlichem Umfange schützen wollen. Alle diese Momente zusammengefaßt führen nothwendig zu der Annahme, daß auch im § 1114 dem Widerrufe keine weitere Wirkung beigelegt ist, als daß dem widerrufenden Notherben der Pflichttheil ergänzt, nicht aber darüber hinaus vom Geschenknehmer etwas herausgegeben werden muß.

Nr. 224. §§ 1051, 1052, 1134—1139, 1169—1177; Anh. § 28 zu § 1113. (§§ 1053—1057.) § 335 I 12. Schenkung. Besondere Arten. (donatio sub modo. reciproca. mixta. mortis causa. remuneratoria.)*)

a. Erk. v. 30. Jan. 1879; ObTr. 83 S. 10.

b. Erk. v. 6. Okt. 1856; ObTr. 55 S. 38.

Im Falle a. hatte die Erblasserin der Kläger dem beklagten Ortspfarrer kurze Zeit vor ihrem Tode eine Summe dafür übergeben, dass er die Verwaltung eines von ihr gestifteten Waisenhauses geführt und bei der Einrichtung thätig gewesen. Die Erben widerriefen die Schenkung, der Beklagte widersprach, weil sie eine remuneratorische. Der 2. Richter verwarf dies, weil es sich nicht um einen Dienst für die Erblasserin gehandelt. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte der Erblasser der Klägerin seiner Mutter und seinen Geschwistern während seiner Krankheit Werthpapiere mündlich geschenkt und übergeben, sich aber die Rückgabe vorbedungen, falls er von der Krankheit genese, was nicht eintrat. Seine Erbin widerrief innerhalb sechs Monaten nach seinem Tode die Schenkung. Ihre Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Der reinen Schenkung können die verschiedenartigsten Beweggründe unterliegen, allein sie verfolgt nur einen äußeren Zweck und eine äußere

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 368, 369; Dernburg 2 § 165; 3 § 154; Förster (Eccius) 2 § 122 IX. — Ueber die don. sub modo, die Bedeutung des mod. simplex

Absicht, nämlich: die Bereicherung des Beschenkten durch eine Vermögensaufwendung des Gebers (v. Meyerfeld, Schenkungen 2 § 2; v. Savigny, Syst. des röm. R. Bd. 4 S. 4, 23 ff., 52, 77, 86; ALR. I 11 § 1037). Bei der belohnenden Schenkung dagegen tritt der äußere Zweck, die Bereicherung, der animus donandi, vor dem sittlichen Motive der Dankbarkeit für geleistete Dienste oder erwiesene Wohlthaten völlig zurück, so daß sich die Schenkung, gleichsam in Anerkennung einer moralischen Pflicht, mehr als einen Akt der Gegenleistung, als der reinen Liberalität darstellt. In dieser Qualifikation hat sich die im röm. R. auf die l. 27, 39 § 1 D. 39, 5 zurückgeführte donatio remuneratoria auch in der Praxis und Doktrin ausgebildet. (Glück, Pandekten 26 S. 194, 199; v. Meyerfeld a. a. O. S. 382 ff.; v. Savigny a. a. O. S. 86 ff. 97; Bornemann, system. Darstellung 2c. 3 S. 224; Annalen des Ob.-App.-Ger. in Dresden Bd. 4 S. 286.)

Dieser Rechtsbildung folgt auch das ALR. I 11 §§ 1169, 1170. Was im Sinne der remuneratorischen Schenkung als eine „löbliche Handlung" oder als „ein wichtiger Dienst" anzusehen sei und wem die löbliche Handlung oder der wichtige Dienst geleistet sein müsse, darüber geben die Gesetze freilich keine Auskunft. Allein da der Schenkung das Motiv der Erkenntlichkeit und der Dankbarkeit zu Grunde liegt, dieselbe daher nicht gerade die aufgewendete Mühwaltung vergelten soll, so ist wohl so viel klar, daß der zu belohnende Dienst in einer solchen Beziehung zu dem Geschenkgeber stehen muß, daß das Gefühl der Erkenntlichkeit und der Dankbarkeit überhaupt entstehen und hervorgerufen werden kann. Allein ob dies der Fall ist und in welchem Umfange, das richtet sich nicht nach der Objektivität der vorgenommenen Handlung, sondern nach der subjektiven Auffassung desjenigen, der durch die Handlung betroffen wird, da eine und dieselbe Handlung für verschiedene Personen gerade die entgegengesetzte Wirkung, Anerkennung und Mißbilligung, hervorrufen kann. Die Wichtigkeit des Dienstes, welcher belohnt werden soll, sowie dessen Beziehung zur Person des Belohnenden, wonach das Moment der Wichtigkeit ermessen wird, sind daher streng relativer Natur und hängen, wie schon die Gesetzrevisoren Pens. XIV. S. 101, 102 bemerken, davon ab, welchen Werth der geleistete Dienst in den Augen des Geschenkgebers hat. (Siewert, Mater. H. 3 S. 69; Bielitz, Kommentar des ALR. Bd. 2 S. 803; Koch, R. der Ford. Bd. 3 S. 216.) Nicht nothwendig unmittelbar der Person des Geschenkgebers selbst muß daher der belohnte Dienst geleistet sein, sondern es genügt, wenn der Geschenkgeber an dem Dienste ein Interesse nehmen konnte, und wenn der Dienst das Gefühl der Dankbarkeit und Erkenntlichkeit für ihn zu erwecken geeignet war. Das alles aber sind interne Vorgänge, über welche die Auffassung des Geschenkgebers entscheidend ist. (Gruchot 7 S. 166 ff.; Dernburg 2 S. 395 N. 2; Bornemann a. a. O. S. 226 ff.)

Mit diesen Rechtsgrundsätzen geräth der App.-Richter in direkten Widerspruch, wenn er die Beziehung der von dem Verklagten angeblich geleisteten Dienste zu der Person der Geschenkgeberin verneint, weil dieselben nicht unmittelbar der Person der Geschenkgeberin selbst, nicht der Stifterin, sondern der Stiftung geleistet seien, und wenn er von diesem Standpunkte aus nicht näher auf die Auffassung der Geschenkgeberin selbst eingeht. Eine Waisenhausstiftung, welche die Geschenkgeberin

---

u. qualificatus vgl. §§ 1053 ff. unt. Nr. 221 u. Nr. 70, Bd. 1 S. 272, — über die don. recipr. §§ 1051, 1052. Die don. mixta wird nicht erwähnt. Beide haben an sich nichts Besonderes; die rechtl. Folge des Widerrufs bei ersterer, § 1052, hängt mit der konkret festzustellenden gegenseitigen Beziehung der Schenkungen zu einander zusammen. Bei letzterer ist zu beachten, daß die Beziehung der Schenkung zu dem lästigen Geschäft so sein kann, daß durch den Fortfall der Schenkung auch das lästige Geschäft in seinem Bestande berührt wird. Wirkliche Schenkung ist auch die belohnende. Vgl. ObTr. 62 S. 356 (StrA. 76 S. 87). Ueber den Begr. vgl. Erk. a. und einen weiteren Fall im Erk. c. Nr. 221. Das Besondere ist die Vorschrift über die blos schriftl. Form, § 1173, und über den Widerruf in § 1170, Anh. § 28 zu § 1113, § 1175. Der § 1175 hängt mit § 150 I 4 zusammen. Vgl. über diesen Erk. b. Nr. 70, Bd. 1 S. 272 u. unt. Nr. 223. Auf den Fall der durch Uebergabe perfekten Schenkung kann § 1173 nicht bezogen werden. In solchem Falle hat der Beschenkte,

aus eigenen Mitteln gegründet hatte und für deren Fortbestehen und Gedeihen sie erhebliche Geldopfer brachte, stand, ganz abgesehen von der geistigen und inneren Beziehung der Stifterin zu der Anstalt, den Interessen der Stifterin so nahe, daß zu der ganz objektiven Unterscheidung des App.-Richters an sich jede sachliche Berechtigung fehlte.

Jedenfalls mußte der App.-Richter die Wichtigkeit des Dienstes und die Beziehung desselben zu der Person der Geschenkgeberin nach der individuellen Auffassung der letzteren selbst bestimmen. Da er dieses versäumt hat, so ist er nicht in der Lage gewesen, den Charakter des Geschäftes richtig zu erkennen.

Allerdings mag der Begriff einer belohnenden Schenkung an sich nicht ausgeschlossen, aber doch beeinflußt werden, wenn die Dienste, welche der Geschenknehmer geleistet hat, nicht freiwillig geleistet sind, sondern vermöge eines dem Geschenkgeber zustehenden Rechtes erzwingbar waren. Allein der App.-Richter irrt ferner auch, wenn er meint, daß der Verklagte mit Uebernahme der Aufsicht und Verwaltung der Waisenstiftung lediglich die dem Seelsorger und Ortspfarrer obliegende Pflicht der Sorge für das Wohl der Gemeindekinder erfüllt habe. Das Kirchenrecht besagt von einer solchen Pflicht nichts, verbietet dem Geistlichen vielmehr alle zudringliche Einmischung in Privat- und Familienangelegenheiten und legt ihm, als Seelsorger, nur die Pflicht auf, auch außerhalb der Kirche an der Belehrung und moralischen Besserung der Mitglieder der Kirchengesellschaft zu arbeiten (§ 66 ff. II 11 ALR.) Die Uebernahme der Aufsicht und Verwaltung einer Privatwaisenstiftung fällt ohne Weiteres nicht in den Kreis der Pflichten des Seelsorgamtes.

Gründe: b. Der App.-Richter faßt das Geschäft als eine Schenkung von Todeswegen auf. Diese Beurtheilung ist nicht angegriffen. Die Nicht.-Beschw. erhebt den Vorwurf, daß der App.-Richter durch die im Falle der Ableistung des der Beklagten über das Sachverhältniß auferlegten Erfüllungseides erkannte Abweisung der Klage in zwei Richtungen gegen die Vorschriften §§ 1134, 1136—1139, 1063—1065, 1090 I 11 ALR. rechtsgrundsätzlich fehle. Er sehe 1) die Schenkung als eine rechtsgültige an. Eine solche setze eine gerichtliche Erklärung des Gebers voraus. Da aber die Schenkung nur eine mündliche sei, unterliege sie der Condiction, zu der auch Klägerin als Erbin des Geschenkgebers befugt sei. Jedenfalls sei 2) die Schenkung wegen mangelnder gerichtlicher Form eine innerhalb sechs Monaten widerrufliche. Der Widerruf, den Klägerin nach dem Tode des Erblassers innerhalb der gesetzlichen Frist erklärt haben wolle, finde auch bei Schenkungen von Todeswegen statt, der App.-Richter lasse sie aber zu Gunsten der Erben bei letzteren nicht zu.

Die Angriffe sind indeß nicht als zutreffend zu erachten. Das Gesetz erfordert zu Schenkungs-Verträgen eine gerichtliche Erklärung des Schenkenden, § 1063. Aus einem außergerichtlichen, wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage kann nicht auf Erfüllung geklagt werden, § 1064. Ist aber die Schenkung durch Uebergabe erfüllt, so kann die Sache, bei beweglichen unbeschränkt, bei unbeweglichen, sofern die Schenkung wenigstens schriftlich erklärt ist, blos aus dem Grunde der mangelnden gerichtlichen Form nicht zurückgefordert werden, § 1065—1068. Im vorliegenden Falle sind die geschenkten Sachen Werthspapiere, also bewegliche, und den Beschenk-

---

dem das Geschenk aus einem sonst für Schenkungen gestatteten gesetzlichen Grunde entzogen werden soll, nach § 1171 den Beweis des remuneratorischen Charakters der Schenkung zu führen, um den Widerruf zu beseitigen. In StrA. 51 S. 103 hatte A. seinem Reisenden B. Weihnachten 1861 eine Gratifikation geschenkt, die er im März 1862 widerrief u. zurückverlangte, weil B. den Dienst im Februar 1862 verlassen. Der 2. Richter wies ab, indem er feststellte, daß die Gratifikation ihrer Natur nach ein Geschenk für geleistete Dienste, der Widerruf daher unstatthaft. Das ObTr. hat mit Rücksicht auf die Feststellung der Natur der Schenkung die Nichtigkeitsbeschwerde mit Bezug auf §§ 1170, 1175 zurückgewiesen. Aehnlich ist in StrA. 29 S. 11 angenommen, daß die Bewilligung einer Pension für einen Gemeindebeamten, der auf solche keinen gesetzl. Anspr. hat, ohne Weiteres als remunerator. Versprechen aufzufassen, als Belohnung für die Amtsführung. Dem Beamten war nach seinem Dienst-

ten übergeben. Die Schenkung hat daher durch die erfolgte Uebergabe Rechtsgültigkeit erlangt.

Klägerin will hiervon Schenkungen von Todeswegen ausgenommen wissen und behauptet, daß solche, sofern die gerichtliche Form nicht beobachtet worden, auch nach geschehener Uebergabe zu jeder Zeit sowohl von dem Geschenkgeber als seinen Erben zurückgefordert werden könnten. Dieser Annahme steht aber durchgreifend entgegen, daß Schenkungen von Todeswegen den vorherrschenden Charakter einer Schenkung an sich tragen und unter deren Gattungsbegriff fallen. Das ALR. handelt von ihnen in der Lehre von Schenkungen und hat darüber in den §§ 1134—1139 nur wenige Bestimmungen gegeben, die unter den Gründen des Widerrufs ihre Stelle gefunden haben. In denselben sind keine besonderen Vorschriften über die Form enthalten, daher dafür die Grundsätze über die Form der Schenkungen überhaupt maßgebend bleiben. Klägerin leitet aus dem § 1134 her, daß außergerichtliche Schenkungen von Todeswegen unbedingt auch nach vollzogener Uebergabe der Rückforderung unterlägen, hat denselben aber mißverstanden. Der gedr. Entw. hatte, wie die Motive zur Ges.-Rev. Pens. 14 S. 198 mittheilen, den Vorschlag enthalten, daß eine jede Schenkung, bei welcher die Uebergabe erst nach dem Tode des Geschenkgebers vorbedungen worden, dem Widerruf unterworfen sein und als ein Legat gelten solle. Bei der Revision der Monita bemerkte S u a r e z, es sei eine neue Theorie substituirt, welche die Sache ungemein vereinfache. Auf die Benennung, welche die Contrahenten dem Geschäfte gäben, komme es nicht weiter an. In margine ist, anscheinend als der gefaßte Beschluß, beigefügt: der Unterschied zwischen donationem inter vivos et mortis causa ist ganz aufgehoben. Daraus ist der § 1134 I 11 hervorgegangen. Der Sinn der Vorschrift wird durch die obigen Materialien völlig klar. Eine Schenkung erhält nicht dadurch die Bedeutung einer Schenkung von Todeswegen, daß sie als eine solche bezeichnet, oder die Uebergabe bis nach des Geschenkgebers Tode ausgesetzt ist. Die Frage, was zu einer gültigen Schenkung gehöre, ist nicht Gegenstand der Bestimmung des § 1134. Unter einem wirklichen rechtsgültigen Schenkungsvertrage im Eingange ist ein gerichtlicher oder ein nach Maßgabe der §§ 1065—1068 l. c. durch Uebergabe vollzogener zu verstehen. Außergerichtliche, noch nicht durch Uebergabe gültig gewordene Schenkungen waren hier überhaupt nicht zu berücksichtigen und bedurften keiner Erwähnung, weil der Geschenkgeber sie in seinem Besitze behalten und der Geschenknehmer keine Klage auf Erfüllung hatte.

Wenn nun aber auch eine außergerichtliche Schenkung durch Vollziehung der Uebergabe gültig geworden ist, so verstattet der § 1090 dennoch einen Widerruf derselben innerhalb einer sechsmonatlichen Frist. Dem Geschenkgeber ist das Recht verliehen, innerhalb dieser Frist von seinem Willen wieder abzugehen und die Schenkung aufzurufen.

Klägerin ist der Ansicht, daß dies Recht dem Geschenkgeber wie seinen Erben zustehe, bei Schenkungen unter Lebenden, wie von Todeswegen stattfinde. Die Frage, ob es auf die Erben übergehe, ist in dem § 1090 nicht ausdrücklich entschieden, aber bereits in dem Präj. ObTr. 11 S. 256 zur Erörterung gekommen. Sowohl die eine als die andere Alternative hat gewichtige Gründe für sich. In jedem Falle ist der bejahenden Antwort der Vorzug gegeben und als Grundsatz angenommen: die dem Geschenkgeber nach dem ALR. zustehende Befugniß, eine

---

austritt schriftlich die Bewilligung der Pension mit dem besonderen Bemerken, daß ihm ein Rechtsanspruch nicht zustehe, mitgetheilt und die Pension zwei Jahre gezahlt, dann aber die Zahlung sistirt, weil er anderweit im Staatsdienst angestellt wurde. Der 2. Richter wies die Klage auf die Weiterzahlung ab, weil in der schriftl. Bewilligung der Dienst oder die Handlung nicht gemäß § 1173 angegeben. Das ObTr. hat vernichtet, weil dies mit der Bewilligung d e r P e n s i o n von selbst ausgesprochen.

Im Uebrigen finden nach § 1176 die §§ 1076—1087 auch auf die belohn. Schenk. Anwendung, so daß namentlich Zögerungszinsen nach § 1079 nur vom Judikatstage ab zu fordern. S. u. v. Str. R. 2 S. 139, 147.

Vgl. übrigens noch StrA. 96 S. 93 unt. Nr. 18, Bd. 1 S. 70, 71; § 36 Gesinde-O.

Ueber die don. mortis c. vgl. das Erk. c. Nr. 221 in den Gründen. Sie gilt danach als dispos. m. c. nur im Falle § 1135, bei vorbehaltenem (formlosen, willkürlichen) Wider-

außergerichtliche durch die Uebergabe vollzogene Schenkung binnen sechs Monaten zu widerrufen, beschränkt sich nicht auf seine Person, sondern geht auch auf seine Erben über. Es ist hauptsächlich in Erwägung gekommen, daß der § 1090 das Recht zum Widerruf mit der Nichtbeobachtung der als Regel vorgeschriebenen gerichtlichen Form verknüpfe, daß dasselbe ein zum Eigenthum des Erblassers gehöriges wirkliches Forderungs-Recht in sich schließe, daß es unter den Vermögensrechten des Erblassers begriffen sei, daß es nicht zu den die Ausnahme bildenden an der Person des Erblassers haftenden Rechten gezählt werden könne, und daß es deshalb von der Erbschaft desselben nicht ausgeschlossen werden dürfe.

Der damalige Fall betraf keine Schenkung von Todeswegen, um welche es sich jetzt handelt. Auf eine solche bezieht sich der Grundsatz des Präj. nicht, er hat allein über die Berechtigung der Erben entschieden, eine Schenkung ihres Erblassers unter Lebenden aus der Vorschrift des § 1090 zu widerrufen. Die Gründe weisen zwar auch auf die über Schenkungen von Todeswegen disponirenden §§ 1137, 1139 hin. Allein diese, wie einige andere ebenfalls allegirte §§, betreffend einen Widerruf wegen Uebermaßes resp. wegen Undanks, enthalten eine Bestimmung über die Rechte der Erben und werden nur zur Erörterung des Zweifels mit benutzt, ob nicht das Widerrufsrecht auf die Person des Geschenkgebers beschränkt bleiben müsse, da es seinen Erben im § 1090 nicht ausdrücklich beigelegt sei.

Es entsteht nun die Frage, ob der Grundsatz des Präj. auf eine Schenkung von Todeswegen, wie sie hier vorliegt, Anwendung finde. Sie ist aus den §§ 1135 bis 1139 l. c. zu beurtheilen, welche die den allgemeinen von Schenkungen überhaupt vorgehenden besonderen Vorschriften über Schenkungen von Todeswegen enthalten. In ihnen werden drei verschiedene Fälle einer Schenkung von Todeswegen unterschieden: 1. Wenn der Geschenkgeber sich den Widerruf bis zu seinem Tode ausdrücklich vorbehalten hat. Wegen eines solchen Geschenkes hat der Geschenknehmer, wenn kein Widerruf erfolgt, die Rechte eines Legatars, § 1135. 2. Wenn die Schenkung unter der Bedingung geschehen ist, daß der Geschenkgeber eine bevorstehende Todesgefahr nicht überleben würde. Ueberlebt er die Gefahr, so verliert der Vertrag seine Wirksamkeit. Es kann alsdann das schon übergebene Geschenk von dem Geschenkgeber, und wenn er später auf andere Art verstorben ist, von seinen Erben widerrufen werden, §§ 1136, 1137. 3. Wenn eine instehende Todesgefahr Anlaß oder Beweggrund der Schenkung gewesen ist. Bei überstandener Gefahr kann der Geschenkgeber widerrufen. Die Erben sind zu einem Widerruf, den der Erblasser noch nicht rechtlich erklärt hatte, nicht berechtigt, §§ 1138, 1139.

Nach diesen Vorschriften ist es als Regel zu betrachten, daß eine Schenkung von Todeswegen nicht von den Erben des Geschenkgebers widerrufen werden kann. Es werden die Voraussetzungen angegeben, unter denen ein Widerruf der Erben stattfindet. Sie bilden Ausnahmen, welche nur scheinbare sind, und weil sie ausdrücklich aufgestellt worden, die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestätigen. Der gegenwärtige Fall ist der unter 2, indem der Erblasser die Rückgabe vorbedungen hat, wenn er von seiner Krankheit genesen würde. Es ist zur Resolutiv-Bedingung der Schenkung gemacht, wenn der Erblasser die bezeichnete Lebensgefahr überstehen sollte. Für das Eintreffen derselben ist im § 1137 ein Recht des Erblassers und bei seinem etwaigen späteren Tode in anderer Art, auch seiner Erben zur Rückforderung anerkannt. Hieraus läßt sich ein Schluß

---

ruf, sonst als disp. int. vivos und als betagte oder bedingte Schenkung, §§ 1134, 1136 bis 1139. Als solche Schenkung unterliegt sie allen Vorschriften über Form, Acceptation, Wirkung der Uebergabe, der §§ 1076 ff., den Vorschriften über den Widerruf, soweit dieselben überhaupt Anwendung finden können. Daß § 1090 für die Erben nicht Anwendung finden kann, ist im Erk. b. überzeugend dargethan. Der s. g. Widerruf in § 1137 ist Folge des Eintritts der Resolutivbedingung, welcher die Klage aus dem Versprechen ausschließt bez. bei Uebergabe die cond. begründet, Erk. b. In § 1138 wird die nicht ausdrücklich erklärte Bedingung subintelligirt; § 1139 beschränkt aber das Recht der Erben auf die Geltendmachung des bereits vom Erblasser geltend gemachten Rechts, d. h. es wird erfordert, daß der Widerruf gerichtlich erklärt ist. Bemerkenswerth ist die Vorschrift in § 335 I 12, wonach die don. m. c. wie das Legat bei Unzulänglichkeit des Nachlasses zu den Schulden und dem Pflichttheile beitragen muß.

auf allgemeinere Befugnisse der Erben zum Widerruf nicht machen. Durch das Ereigniß trat das Eigenthümliche ein, daß der Schenkungsvertrag unwirksam geworden, der Titel, aus dem der Geschenknehmer die Sache erhalten hatte, weggefallen war. Die Bedingung ist aber hier nicht eingetroffen, der Erblasser kurze Zeit nach der Uebergabe der geschenkten Sachen verstorben. Die Schenkung ist dadurch eine unbedingte geworden, und für diesen Fall den Erben in den §§ 1136, 1137 eine Befugniß zum Widerrufe nicht zugestanden. In dem Falle unter 3, wenn eine instehende Todesgefahr der Anlaß oder Beweggrund zur Schenkung gewesen war, ist nach überstandener Gefahr der Widerruf dem Erblasser selbst gestattet, den Erben aber nicht, wenn er ihn noch nicht rechtlich erklärt hatte. Den Erben ist dadurch ein aus ihrer eigenen Entschließung hervorgegangener, vom Erblasser nicht bereits gehörig erfolgter Widerruf versagt worden. Diese Bestimmung berechtigt zu dem Schlusse, daß die Rückforderung um so weniger den Erben in dem Falle ad 2 zustehe, wenn die Resolutivbedingung durch den Tod des Erblassers in der Gefahr nicht eingetreten, und die Schenkung zu einer unbedingten Wirksamkeit gelangt war.

Dem von der Klägerin aus dem § 1090 l. c. geltend gemachten Widerrufe der Schenkung ihres Erblassers von Todeswegen steht aber nicht blos der Inhalt der allegirten §§ 1135—1139, sondern auch ein innerer Grund entgegen.

Der Erblasser hat dadurch, daß er das Bestehen der Schenkung von dem Nichtüberleben der aus seiner Krankheit hervorgehenden Lebensgefahr als Resolutivbedingung abhängig gemacht hat, auf das unzweideutigste ausgesprochen, daß sie bei Kräften bleiben solle, wenn die Bedingung nicht eintreffen würde. Es läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz dem Erben die Befugniß habe einräumen wollen, den eigenen Willen über den des Erblassers zu stellen und aus freier Entschließung dessen Schenkung auf seinen Todesfall wieder umzustoßen. Dazu würde aber der Erbe berechtigt sein, wenn ihm gestattet wäre, die durch den Tod des Erblassers unbedingt gewordene Schenkung auf Grund des § 1090 aufzurufen. Zwar beschränkt der § 1090 das Recht zum Widerrufe auf außergerichtliche Schenkungen mit Ausschluß der gerichtlichen. Allein dasselbe ist unter der bestimmten Beschränkung mit keinen weiteren Voraussetzungen verknüpft und beruht lediglich auf einer willkürlichen Aenderung des Willens. Einer solchen kann ohne eine deutliche Vorschrift des Gesetzes nicht eine so weit gehende Wirksamkeit gegeben werden, daß dem Erben gestattet wäre, Vermögensstücke zum Nachlasse zu ziehen, die nach dem Willen des Erblassers mit seinem Tode unbedingt und unwiderruflich aus seinem Vermögen ausgeschieden sein und dem Erben nicht zufallen sollten.

Zwölfter Titel.

Nr. 225. §§ 1, 2, 3—7, 44 ff., 66; §§ 161—171; Anh. §§ 34, 35 (§ 628), § 656. Verordnung von Todeswegen. (Letztwillige Verordnung. dispos. int. vivos u. mortis causa.) Testament und Kodizill. Begriff. Außergerichtliche Verordnungen. codicilli testamento confirmati.*)

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 538, 628, 630, 631; Dernburg 3 §§ 102, 103, 117, 118; Förster (Eccius) 4 § 244, § 249 unt. 8, 9. — Der Begriff der Verordnungen von Todeswegen oder der letztwilligen Anordnungen, §§ 1, 9 h. t., umfaßt nach Landrecht Testamente, Kodizille und Erbverträge. Der begriffliche Unterschied zu den disp. int. viv. besteht darin, daß, während letztere den Lebenden und sein Vermögen binden, sein zeitiges Vermögen betreffen, deshalb regelmäßig unwiderruflich sind, den Erben binden, weil der

a. Erk. v. 2. Nov. 1868; StrA. 73 S. 8.
b. Erk. v. 7. Febr. 1859; ObTr. 40 S. 108 (StrA. 32 S. 192).
c. PlPräj. 2714 v. 4. März 1861; ObTr. 45 S. 1.

Im Falle a. hatte A. durch Verträge im September 1861 sein Gut mit Inventar, sowie Forderungen und das gesammte elterliche Vermögen überhaupt seinem Sohne übertragen, den nichtausgestatteten Töchtern Abfindung und Aussteuer ausgesetzt, sich und seiner Frau Niessbrauch und Verwaltung für Rechnung des Sohnes auf Lebenszeit vorbehalten. Nach seinem Tode wurde der Vertrag als ungültig theils als disp. mortis c., theils nach dem Minden-Ravensbergischen Güterrecht angefochten. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter die Klage abgewiesen. — Im Falle b. hatte D. in Westpreussen in einem holographischen und deshalb ungültigen Testament seinen Neffen zum Erben eingesetzt, der Wittwe B. ein baares Legat, der Klägerin eine lebenslängliche Rente ausgesetzt. Gegen den Intestaterben, der an die Stelle des Neffen trat, klagte die Klägerin demnächst auf Zahlung der Rente, soweit deren kapitalisirter Betrag einschliesslich des Legats an die B. den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteige. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen. — Im Falle c. handelte es sich um die Frage, ob der Vorbehalt von Nachzetteln im Testament nach Anh. § 35 eine Verfügung in Testamentsform oder eine solche mit Erbeinsetzung voraussetze. Das Plenum hat angenommen, dass letzteres nicht erforderlich.

Gründe: a. Der App.-Richter ist der Meinung, daß dergleichen, die Gesammtheit des Vermögens abtretende, sog. Universal-Uebertrags-Verträge nicht als Verträge, durch welche Eltern bei Lebzeiten ihr Vermögen an ihre Kinder abtreten, wie der § 656 I 12 ALR. sie bezeichne, angesehen werden können, einmal weil im vorliegenden Falle das Vermögen nur an Eins der Kinder abgetreten sei, dann aber, weil darin über die Abfindungen der übrigen Kinder Bestimmungen, durch welche diese von dem ganzen künftigen Nachlaß abgefunden sein sollten, getroffen sein und somit diese Verträge als eine letztwillige Verordnung über die Theilung des Nachlasses unter den Kindern (dispositio parentum inter liberos § 380a II 2 ALR.) sich darstellen, dergleichen letztwillige Verfügungen aber auch nach dem Minden-Ravensbergischen Statutarrecht gültig nur von beiden Eheleuten gemeinschaftlich errichtet werden könnten. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Als eine Verordnung über die Theilung des Nachlasses unter den Kindern (dispositio parentum inter liberos) kann ein solcher Vertrag schon deshalb nicht angesehen werden, weil dergleichen Verordnungen immer nur einseitige Verfügungen eines parens sein können, hier indessen ein mit dem Sohne abgeschlossener Vertrag vorliegt. Sodann enthält aber eine solche Vertheilung eine letztwillige Verfügung, wie

---

Erblasser verpflichtet war, — die disp. mort. c. in ihrer Wirkung von dem Tode des Erklärenden abhängig, deshalb regelmäßig mit Ausnahme der Erbvertr. widerruflich sind, nicht das Vermögen des Lebenden, sondern den Nachlaß verpflichten, Rechte auf diesen begründen, bez. den Erben verpflichten, nicht weil der Erblasser verpflichtet war, sondern aus dem ihn verpflichtenden letzten Willen des Erblassers heraus. Förster (Eccius) 1 § 25_6; 4 S. 323; Windscheid 1 § 69_6; 3 § $675_{1,\,2}$. Vgl. §§ 1134, 1135 I 11 Nr. 72, Bd. 1 S. 278, 280, 281. In OHG. 12 S. 292 hatte A. dem B. 1000 mit der schriftl. Stipulation gegeben, daß B. sie ihm, so lange er lebe, mit 5 Proz. verzinsen, nach seinem Tode die Zinsen an die Enkelin des A. und deren Kinder, das Kapital aber als eiserner Bestand in der Familie bleiben und erst zurückgezahlt werden solle, wenn die Urenkel majorenn, daß nur letztere zur Rückforderung berechtigt sein sollten. Nach dem Tode des A. klagte sein gesetzlicher Erbe auf Rückzahlung, ist aber abgewiesen. Hier lag, wie das OHG. deduzirt, keine disp. m. c. vor, weil A. nicht über einen Bestandtheil seines Vermögens für den Todesfall verfügt, auch nicht lediglich zu Gunsten der Enkel und Urenkel disponirt, nicht blos diesen eine Zuwendung für den Todesfall gemacht, sondern einen Bestandtheil seines zeitigen Vermögens dem Bekl. zum Eigenth. übertragen mit der Auflage, die Rückzahlung an gewisse Personen zu leisten, I 4 §§ 153 ff.; 11 §§ 1053, 1056, 1134 ff. Es handle sich um einen

das der App.-Richter selbst behauptet, also ein Geschäft von Todeswegen, mithin ein solches, bei welchem die rechtliche Wirkung desselben erst nach dem Tode des Verfügenden eintreten soll. Dies trifft bei den hier vorliegenden Verträgen nicht zu. Denn nach diesen sollte die Wirkung der Vermögensübertragung nicht erst nach dem Tode der Eltern eintreten, sondern diese Wirkung sollte sofort mit Abschluß des Vertrages, also bei Lebzeiten der Eltern, vor sich gehen. Wenn hiergegen der App.-Richter behauptet, die Natur der vorliegenden Verträge als einer letztwilligen Verordnung werde dadurch nicht alterirt, daß nach denselben der Verklagte sofort Eigenthümer des übertragenen Vermögens werden solle, da den Eltern der, wenngleich zum Vortheil des Sohnes beschränkte Nießbrauch vorbehalten und darnach der Sohn, der väterlichen Disposition gemäß, erst nach dem Tode der Eltern als Universalsuccessor eintreten, dann aber auch alles bei ihrem Tode vorhandene Vermögen, eben, weil es nur zu ihrer bloßen Verwaltung für den Sohn gestellt war, ganz ausschließlich erhalten sollte, so findet diese Behauptung schon in der oben erwähnten rechtlichen Natur der Geschäfte von Todeswegen ihre Widerlegung; sie steht überdem mit sich selbst im Widerspruch. Denn wenn nach den Bestimmungen im § 11 des Vertrages die den Nießbrauch sich vorbehaltenden Eltern den Besitz der übertragenen Gegenstände nur im Namen des Sohnes fortsetzen und die Verwaltung lediglich im Auftrage desselben und für dessen Rechnung führen wollen, so ist damit der Sohn bei Lebzeiten der Eltern in den vollen Besitz des ihm übertragenen Vermögens gelangt und da er nach Inhalt des § 11 auch das aus der Verwaltung des Vermögens Erworbene, soweit es nicht zum Unterhalt der Eltern erforderlich, erwerben soll, so ist damit nicht wohl die Ansicht zu vereinigen, daß der Sohn erst nach dem Tode der Eltern als Universal-Successor eintreten solle. Daß erst mit der Eltern Tode der Nießbrauch aufhört, charakterisirt keinen Vermögenserwerb auf diesen Todesfall, sondern nur das Aufhören einer Beschränkung des bereits inter vivos erworbenen Vermögens. Die Ansicht, die der App.-Richter zugleich dahin geltend machen will, daß durch die Feststellung der Kindtheile der unabgefundenen Kinder, welche darnach ihre künftigen Erbtheile bilden sollen, die ganze Disposition des Vaters so recht eigentlich ihrem inneren Wesen nach zu einer väterlichen Theilung für den Todesfall werde, ist für den hier vorliegenden Fall auch nicht zutreffend; denn nach der Bestimmung im § 8 resp. § 5 der Verträge wurde der Uebernehmer verpflichtet, seinen Schwestern die Aussteuer zur Zeit deren Zustandekunft (Heirath), die Abfindung bei deren Heirath oder Großjährigkeit zu zahlen. Der Erwerb dieses Vermögens war also auch hier nicht für den Todesfall der Eltern bestimmt, sondern konnte sehr wohl auch bei Lebzeiten der Eltern vor sich gehen und darnach kann die behauptete väterliche Theilung für den Todesfall in den Bestimmungen der fraglichen Verträge nicht gefunden werden. Die Ver-

---

Darlehnsvertrag mit Rückzahlungsmodalitäten, die nicht unzulässig, und die den Vertrag nicht zu einer in einen Vertrag gekleideten disp. m. c., Erb-, Vermächtnißvertr. oder fideikomm. Substitution, §§ 53 ff. h. t. oder gar zu einem beständigen Familienfideik. machten. In der That lag Schenkung unter Vorbehalt des Zinsgenusses vor. Wegen des Erbvertr. s. unt. Nr. 235. Nicht als disp. m. c. gelten nach der ausdrückl. Bestimmung in § 656 h. t. die daselbst bezeichneten Ueberlassungs-, Uebertragsverträge zwischen Eltern und Kindern, Erk. a., vgl. Nr. 80, Bd. 1 S. 311, auch wenn sie, wie regelmäßig der Fall, mit einer antizipirten Erbtheilung unter den Kindern verbunden und eine solche zur Ausführung gebracht worden. Regelmäßig stellt in diesen Fällen das übertragene Gut das gegenwärtige Vermögen und den Nachlaß dar, aber weil solche Verträge ihre Wirkung schon unter den Lebenden üben, sind sie weder Erbvertr. noch disp. par. int. liberos im Sinne der §§ 379 ff. II 2. Daß sie mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge geschlossen, entscheidet nicht. Die Folge ist, daß sie weder den Formschriften der disp. m. c., d. h. der gerichtl. Form, unterliegen, ObTr. 55 S. 285 (298) zu I 19, noch wie disp. m. c., z. B. wegen Verletzung im Pflichttheil, angefochten werden können, ObTr. 59 S. 247; StrA. 76 S. 324. Vgl. unt. Nr. 80, Bd. 1 S. 314. Vgl. aber auch jetzt § 3 Abs. 3 Ges. v. 16. April 1860 für Westfalen, welches gerade mit Rücksicht auf die Bestimmung und Wirkung solcher Gutsüberlassungsverträge die gemeinschaftliche Abschließung derselben durch beide Eheleute auch da fordert, wo der Ehemann grundsätzlich

träge der gedachten Art, in welchen Eltern ihr gesammtes Vermögen ihren Kindern übertragen gegen eine ihnen vorbehaltene Leibzucht resp. Nießbrauch des ganzen oder eines Theils des Vermögens, bringen allerdings die Wirkung hervor, daß, wenn die Eltern zum Sterben kommen, dann kein Vermögen, in welches die Kinder als Erben succediren könnten, vorhanden ist. Insofern wirkt die durch den Uebertragsvertrag herbeigeführte Succession ins elterliche Vermögen und die Aussetzung und Zuwendung von Abfindungen ähnlich, als wenn die Kinder die Eltern beerbten, und es ist darnach die so ermittelte Succession eine successio anticipata, eine erfrühte Erbfolge, genannt worden. Daß dieserartige Verträge, die bekanntlich auch in der Provinz Westpfahlen zum Zweck der Vermittelung der Nachfolge in die bäuerlichen Besitzungen in ausgedehntem Umfange in Uebung sind, ihre eigenthümlichen Wirkungen hervorbringen müssen, ist in der Gesetzgebung und von den Gerichtshöfen nicht verkannt, wie dies in dem PlBeschl v. 4. Juni 1866, (ObTr. 55 S. 285) nachgewiesen ist.*) Es haben diese Wirkungen auch wohl Gesetzgeber und Rechtsgelehrte, wie jetzt auch noch den App.=Richter, veranlaßt, diese Verträge für Verordnungen von Todeswegen anzusehen (vgl. Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 416 ff.), allein nach der richtigen juristischen Auffassung können dieselben doch nur als Geschäfte unter Lebenden in Betracht kommen, welche Ansicht auch in dem ALR. Aufnahme gefunden hat. Im Gebiet des Preuß. R. darf daher nach der Vorschrift des § 656 I 12 ALR., welcher die Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, blos als Verträge unter Lebendigen angesehen wissen will, die Ansicht, daß dergleichen Uebertrags=Verträge Verfügungen von Todeswegen, dispositiones mortis causa, enthalten, nicht mehr aufgestellt werden. Die dahin gehende Behauptung des App.=Richters setzt sich mit dieser gesetzlichen Bestimmung in Widerspruch. Der App.=Richter behauptet zwar noch, daß die hier in Rede stehenden Verträge als solche Verträge unter Lebenden, wie sie der § 656 a. a. O. erwähne, nicht angesehen werden könnten, da hier nur an Eins der Kinder das Vermögen abgetreten sei. Allein diese Behauptung ist ungerechtfertigt. Denn das Wesentliche der gedachten Vorschrift beruht auf der Abtretung des Vermögens unter Lebenden, und darnach ist auch ihr zufolge ein Vertrag, in welchem das Vermögen nur an ein Kind abgetreten wird, ein solcher Vertrag unter Lebendigen. Für den vorliegenden Fall ist aber die Behauptung auch aus dem Grunde unrichtig, weil in der Zuwendung der Abfindungen und Aussteuerbeträge an die drei Schwestern eine Abtretung dieser Vermögenstheile an diese Kinder enthalten ist. Die in den Verträgen erfolgte Vermögens=Uebertragung seitens des

---

*) Vgl. bei I 19.

---

zu einseitigen Dispositionen int. vivos über das gemeinschaftliche Gut berechtigt. Provinzialrechtlich galt dies schon früher mehrfach. Vgl. ObTr. 26 S. 177; 57 S. 145, 154; 59 S. 247. Das ObTr. hat aber auch daran festgehalten, daß § 656 h. t. nur anwendbar, wo wirkliche disp. int. viv. über das zeitige Vermögen vorliegt, deshalb da, wo zugleich das künftige Vermögen Objekt des Vertrags, darin eine disp. m. c. gefunden, den Uebernehmer als Erben, den Abfindungsberechtigten als Legatar betrachtet, StrA. 16 S. 60. In dem unt. Nr. 73, Bd. 1 S. 283 erwähnten Falle StrA. 38 S. 110 ist § 656 für unanwendbar erachtet, weil das Vermögen nicht unter Lebenden bereits abgetreten, sondern die Uebergabe vorbehalten war. Vgl. auch ObTr. 75 S. 325, Erk. b. Nr. 80, Bd. 1 S. 311; RG. 2 S. 272, das. S. 313 u. ObTr. 79 S. 153, Erk. c. Nr. 205, Bd. 2 S. 159; ObTr. 31 S. 398 (StrA. 18 S. 178), Erk. b. Nr. 73, Bd. 1 S. 283; ObTr. 72 S. 12, Erk. b. Nr. 79, Bd. 1 S. 304 u. Nr. 81, Bd. 1 S. 318. In dem Erk. c., Bd. 2 S. 205 ist der Vertrag als disp. m. c. behandelt, weil er auch das zukünftige Vermögen betraf, den Nachlaß. Ueber die abweichende Auffassung bei Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens vgl. ObTr. 43 S. 128 Nr. 221, Bd. 2 S. 388.

Der Begr. der einseitigen letztwilligen Verordnungen, Testament und Kodizill, ist in §§ 3 ff. in wesentliche Uebereinstimmung mit dem röm. u. gem. R. definirt, ebenso der Begr.

Vaters enthält sonach eine Verfügung über das gütergemeinschaftliche Vermögen unter Lebendigen und zwar während stehender Ehe. Daß nach dem Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschafts-Rechte dem Ehemann allein das uneingeschränkte Verfügungsrecht über das zur Gütergemeinschaft gehörende Vermögen zusteht, giebt der App.-Richter selbst zu.

Gründe: b. Die Imploranten werfen dem App.-Richter vor, die §§ 161, 162, 139 I 12 ALR. und insbesondere den Rechtsgrundsatz verletzt zu haben, daß eine letztwillige Verfügung, welche als Testament beabsichtigt, und in welcher der Testamentserbe mit Legaten beschwert ist, bei Verabsäumung der zur Gültigkeit dieser Verfügung als Testament erforderlichen Form, in ihrem ganzen Umfange, sowohl wegen der Erbeseinsetzung, als bezüglich der Vermächtnisse nichtig sei. Diese Beschwerden erscheinen indessen nicht begründet. Nachdem in den §§ 66 bis 138 a. a. O. die Form der Testamente und Kodizille vorgeschrieben ist, fügt der sich an diese Paragraphenreihe anschließende § 139 die allgemeine Warnung hinzu: Die vorstehend §§ 66—138 bestimmte Form eines Testaments ist, wo nicht bei einer oder der anderen Vorschrift die Ausnahme sogleich beigefügt worden, zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments oder Kodizills dergestalt nothwendig, daß, wenn sie verabsäumt worden, der letzte Wille nicht bestehen kann. — Allerdings muß nun jedes Testament oder Kodizill in der Regel vom Testator selbst den Gerichten übergeben oder zum gerichtlichen Protokoll erklärt werden, § 66, dies ist in Betreff der letztwilligen Verfügung des P. nicht geschehen, und die Imploranten folgern gerade aus diesem Mangel, in Verbindung mit dem Schlußsatze des § 139, daß also auch die in jener Privatscriptur der Klägerin ausgesetzte Rente als unwirksam fortfallen müsse. Diese Schlußfolgerung ist jedoch keinesweges gerechtfertigt. Der § 139 erheischt die Beobachtung der in den §§ 66—138 vorgeschriebenen Form nur zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments oder Kodizills, die nach § 66 freilich die Regel bilden, aber in der Ausnahme des § 161 doch eine gesetzliche Einschränkung finden. Läge nun ein derartiges d. h. ein förmliches gerichtliches Kodizill vor, so würden die Imploranten der Klägerin die dieser vermachte Rente in ihrem ganzen Umfange zu zahlen haben, und sie dürften ihr blos aus dem Grunde, daß nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für sie selbst kein Erbtheil übrig bleibe, überhaupt keine Abzüge machen, § 333. Ein so unbedingtes Recht hat die Klägerin jedoch selbst gar nicht beansprucht, und der App.-Richter hat denn auch unter genauer Berücksichtigung der Beschränkungen der §§ 161—166 die Verklagten blos für schuldig erachtet, der Klägerin die ihr in der letztwilligen Verordnung ausgesetzte Rente nur bis zu einem solchen Betrage zu zahlen, daß dies Legat, kapitalisirt, zusammen mit dem der Wittwe B. in eben jener letztwilligen Verordnung ausgesetzten Legate den zwanzigsten Theil des P.'schen Nachlasses nicht übersteige.

---

der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses. Daß die Tragweite der Bedeutung des Unterschieds zwischen Test. u. Kod. im ALR. gleichwohl eine ganz andere, als im röm. R., weil im ALR. dieselbe Form regelmäßig für beide gefordert, bei Beobachtung dieser Form der Inhalt der letztwilligen Verordnung als letzter Wille auch ohne Erbeinsetzung wirksam, ist im Erk. c. dargelegt. Danach ist für das ALR. von Bedeutung nicht der Unterschied von Test. u. Kod., sondern von förmlicher und unförmlicher, gerichtlicher und außergerichtlicher letztwilliger V., der Untersch. von Erbeinsetzung und Vermächtniß, Erbe und Legatar aber von Bedeutung namentlich dadurch, daß nach §§ 161 ff., Anh. §§ 34, 35 die außergerichtl. letztw. V. nur Vermächtnisse und bei cod. testam. confirm. im Sinne § 163, Anh. § 35 die im § 169 h. t. bezeichneten Verfügungen zum Inhalt haben dürfen. Unerheblich ist demnach noch mehr, wie eine letztw. V. bezeichnet, ob als Testament oder Kodizill oder Nachzettel; ein s. g. Nachzettel ist kein solcher, sondern Testament, wenn er eine Erbeinsetzung enthält, und wirkt als Testament, wenn er dessen formelle Erfordernisse hat, ObTr. 10 S. 124. Gleichgültig ist auch, ob die letztw. V. mit einer disp. int. viv. verbunden, z. B. in einem Vertrage über Auseinandersetzung mit Vorkindern zugleich die Erbfolge zwischen dem parens und seinem zweiten Ehegatten geordnet wird. Insoweit liegt Testament vor, welches bei Vorhandensein der formellen Erfordernisse als solches wirkt, ObTr. 17 S. 192.

Ueber den Begr. von Erbeinsetzung, Erbe, Vermächtniß, Legatar s. Nr. 230. Das die

Inwiefern judex a quo hierdurch den § 161 oder den § 162 rechtsgrundsätzlich verletzt haben sollte, ist nicht wohl abzusehen, da die letztwillige Verordnung den Erfordernissen der gedachten §§ vollständig entspricht. Wenn die Imploranten aber endlich meinen: die §§ 161, 162 müßten auf Willenserklärungen beschränkt werden, die nur als Kodizille intendirt wären, so rechtfertigt mindestens deren Wortlaut eine derartige Restriktion keineswegs, sie widerlegt sich aber auch vollständig durch die landrechtliche Aufhebung der Nothwendigkeit der s. g. Kodizillar-Klausel.

Was aber sodann den von den Imploranten formulirten Rechtsgrundsatz betrifft: eine letztwillige Verfügung, welche als Testament beabsichtigt und in welcher der Testamentserbe mit Legaten beschwert ist, ist bei Verabsäumung der zur Gültigkeit dieser Verfügung als Testament erforderlichen Form in ihrem ganzen Umfange, sowohl wegen der Erbeseinsetzung als bezüglich der Vermächtnisse nichtig, so haben dieselben für diesen s. g. Rechtsgrundsatz eine ausdrückliche Vorschrift des ALR. nicht allegirt, und er kann ebensowenig aus dem Sinne und Zusammenhange der landrechtlichen Bestimmungen hergeleitet und gerechtfertigt werden. Er läuft auf die gemeinrechtliche Lehre von der Nothwendigkeit und der Wirkung der s. g. Kodizillar-Klausel hinaus. Mag nun auch nach Röm.R. die Ungültigkeit des Testaments der Regel nach, d. h. wenn der Testator nicht ausdrücklich erklärt hat, daß, falls sein Testament als solches zu Recht nicht sollte bestehen können, er dasselbe als Kodizill aufrecht erhalten wissen wolle, auch die Ungültigkeit der darin hinterlassenen Vermächtnisse zur Folge haben, und mag auch nach Röm. R. die Meinung die herrschende und richtige sein, daß diese Kodizillar-Klausel dem Testamente ausdrücklich beigefügt sein müsse, niemals aber stillschweigend subintelligirt werden dürfe, so können sich die Imploranten doch immer nicht mit Erfolg auf diese römisch-rechtlichen Grundsätze und auf den Ausspruch Ulpian's in der l. 1 § 1 D. 32. Nihil in testamento valet, quotiens ipsum testamentum non valet, in einem Falle berufen, der, wie der gegenwärtige, lediglich nach den Vorschriften des ALR. zu beurtheilen und zu entscheiden ist. Zumal man bei dessen Redaktion, wie die Materialien zweifellos ergeben, in dieser Lehre gerade absichtlich von dem Röm. R. abgewichen ist, vgl. Suarez, Amtl. Vorträge bei der Schluß-Revision des ALR., v. Kamptz, Jahrb. Bd. 41 S. 50, 80. Bei dieser klar und sehr bestimmt ausgesprochenen Absicht der Redaktoren des ALR. darf denn auch den Gegenargumenten der Imploranten: die Richtigkeit ihres Rechtsgrundsatzes folge aus der organischen Einheit des letzten Willens, sowie aus der ausdrücklichen Beziehung der Belastung auf eine bestimmte Person, nicht allzugroße Bedeutung beigelegt werden. Der näheren Erörterung der Frage: ob das ALR. eine solche organische Einheit des letzten Willens überhaupt wirklich anerkennt, oder ob es sie gar als ein allgemein und unbedingt zwingendes Gebot, wie die Imploranten annehmen, aufstellt, bedarf es zunächst nicht, weil hier jedenfalls die spezielleren Ausnahme-Bestimmungen der §§ 161 ff. a. a. O. maß-

---

§§ 161, 162 betreffende Erk. b., wonach auch ein ungültiges Testament als Kodizill im Sinne § 161 wirken soll, harmonirt in seinen Grundgedanken mit dem Erk. c. Wie nach letzterem im § 163 der Ausdruck Testament, so ist im § 161 der Ausdruck Kodizill nicht zu premiren. Ob der Grundsatz des Erk. b. überall zutreffend, z. B. auch da, wo ersichtlich, daß das Vermächtniß dem ungültig instituirten Erben auferlegt, ist sehr fraglich. Unbedenklich ist ObTr. 19 S. 171, wonach ein gerichtlich übergebenes, demnächst aber zurückgenommenes im Nachlaß vorgefundenes Testament nach §§ 565, 566 h. t. auch nicht als außergerichtl. V. im Sinne § 161 h. t., nach §§ 567, 47, 48 h. t. selbst dann nicht wirkt, wenn in einem späteren Testament durch bloße Bezugnahme auf das zurückgenommene die früheren Legate aufrecht erhalten sind. Vgl. unt. Nr. 234. Der Betrag des Nachlasses ist in § 161, darüber ist kein Bedenken, nach der Zeit des Todes des Erblassers zu bestimmen, nicht etwa nach der Zeit der Aussetzung des Legats, dem Datum der Disposition oder gar nach dem ganz zufälligen Zeitpunkt, wo die Berechnung erforderlich und angelegt wird, §§ 161, 164. Die davon verschiedene Frage, wie der Betrag der Legate zu berechnen, §§ 165—168, behandelt ObTr. 60 S. 78 (StrA. 68 S. 250). A. u. B. hatten im Erbvertr. sich gegenseitig und nach dem Tode des Letztlebenden mehrere Geschwisterkinder instituirt. Nach dem Tode des A. hatte B. verschiedene beträchtliche Legate ausgesetzt, die nach § 628 h. t. nur auf $^1/_{20}$ des Nachlasses gültig. Ein Theil der Legatare entsagte und es fragte sich, ob diese

gebend sind und zur Anwendung kommen müssen. Ueberhaupt aber sind letztwillige Verordnungen im zweifelhaften Falle so zu deuten, wie sie nach den Vorschriften der Gesetze am besten bestehen können, § 519 I 12, und bei dieser Deutung muß die wahre Absicht des Erblassers, sofern sie nur aus der Disposition deutlich erhellt oder sonst hinlänglich erwiesen werden kann, vornämlich in Betracht kommen, §§ 518, 531. Daß nun der P. der Klägerin die streitige Rente wirklich zuwenden wollte, kann nach seiner Verfügung gewiß nicht bezweifelt werden. Nicht minder unzutreffend ist das zweite, ohnehin in keiner Weise näher motivirte Argument, zumal es nach der Begriffsbestimmung und dem Zwecke der Vermächtnisse, §§ 6, 288 ff. I 12, dabei vornämlich darauf ankömmt, dem Legatar einen Vortheil zuzuwenden, wobei es sich bei Vermächtnissen, die nach baarem Gelde zu bestimmen sind, als Regel von selbst versteht, daß dafür sämmtliche Miterben gemeinschaftlich haften, wenn nicht der Erblasser die Entrichtung des Legats nur Einem unter denselben ausdrücklich aufgelegt hat, § 289 ebendas. — Es wird dabei aber auch ganz ignorirt, daß der App.=Richter gerade annimmt: es konstire durchaus nicht, daß der Erblasser das Legat der Klägerin an die Ernennung des Erben im Testamente habe knüpfen wollen.

Gründe: c. Nach den Aeußerungen von Suarez in seiner Rev. mon. hat der Vorbehalt von Nachzetteln auf das geringste Maß beschränkt werden sollen, aber von dieser Ansicht ist man in dem Gutachten der Gesetzkommission v. 23. Oktober 1800 ganz abgegangen oder hat sie gar nicht beachtet. Im Jahre 1800 kam der Fall vor, daß Jemand vor Publikation des ALR. sich Nachzettel vorbehalten, aber erst nach Publikation desselben davon, über das Maß des § 171 hinaus, Gebrauch gemacht hatte. Das Breslauer Pupillen=Kollegium, darin unsicher, ob hier noch die gemeinrechtliche Gestattung oder schon die landrechtliche Einschränkung wirke, fügte seiner Anfrage über diesen Punkt noch die allgemeinere Frage bei: ob überhaupt Kodizille, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testament verordnet hat, auch außer den, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalte nach für gültig zu achten? (Rabe, Samml. Preuß. Gesetze VI. S. 337.)

Die Gesetz=Kommission war hinsichtlich des ersten Punktes darüber nicht zweifelhaft, daß noch das gemeine Recht zur Anwendung komme (339). Die Bejahung der zweiten Frage fand sie nach dem ALR. bedenklich, erhob sich aber über diese Bedenken durch den Satz: Unsers Ermessens ist es nie rathsam, ohne Noth von alten Gesetzen, Verfassungen und Einrichtungen abzuweichen, wobei sich der Staat bisher wohl befunden hat, und da de lege ferenda die Rede ist, so würden wir der Meinung sein: daß alle Kodizille und Nachzettel, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testament

---

Legate noch bei der Feststellung, ob die Legate $^1/_{20}$ des Nachlasses übersteigen, in Berechnung zu ziehen. Das ObTr. hat mit Recht bejaht, den Tod des Erblassers auch hier entscheiden lassen, weil nach § 366 h. t. das Legat dem Erben zufällt, ihm zu gute kommt. Da es in den Nachlaß zurückfällt, wird es diesen zwar erhöhen und die Berechnung in dieser Beziehung beeinflussen; ob aber die ausgesetzten Legate $^1/_{20}$ des Nachlasses übersteigen oder nicht und ob und inwieweit jedes zu reduziren, § 166 h. t., ist nur nach dem Betrag der ausgesetzten Legate zu bestimmen. Anders würde sich die Sache dann gestalten, wenn das Legat nicht durch Entsagung nach dem Anfall fortfällt, sondern vor dem Anfall z. B. dadurch, daß der Legatar vor dem Erbl. verstorben.

Für die cod. testam. confirm., § 163, Anh. § 35 (welche mit der claus. codic. des röm. u. gem. R. nichts zu thun haben, vgl. über diese ObTr. 52 S. 117), begründet Erk. c. den Satz, daß der Vorbehalt in jeder förmlichen letztw. V., auch wenn sie nicht Testament im Sinne §§ 3, 4 h. t., genügt, und bestätigt den zuerst in ObTr. 8 S. 271 (Präj. 1201) begründeten Satz, daß der außergerichtl. Nachzettel über den Inhalt des Kodizills im Sinne § 5 h. t. u. § 169 h. t. nicht hinausgehn darf. Der erste Satz ist in StrA. 43 S. 241 wiederholt. Daselbst ist auch ausgeführt, daß Nachzettel im Nachlaß auch dann vorhanden, § 163, wenn der Erbl. sie einem Dritten in Verwahrung gegeben; nach § 112 I 7, § 241 h. t., § 13 II 4 AGO. ist dies unbedenklich. Unbedenklich ist auch, daß es gleichgültig, mit welchen

verordnet hat, auch außer den, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalt nach für gültig zu achten, wenn sie nur von dem Testator eigenhändig ge- und unterschrieben sind. Das Reskript vom 3. November 1800 stimmte dem Gutachten bei und erweiterte die Wirksamkeit des Vorbehalts noch dahin, daß der Testator zu bestimmen habe, in welcher Form der Nachzettel gültig sein solle (Rabe, a. a. O. S. 340, 341). Daraus ist dann der Anhang § 35 zu § 163 I 12 in geänderter Fassung entnommen worden.

Die Gesetz-Kommission fand, mit einem Rückblicke auf die gemeinrechtliche Praxis, die Vorschriften des ALR. über diesen Gegenstand zweifelhaft, entschied sich aber für den Fortschritt, den ihr Conclusum enthält. Dieser Fortschritt ist freilich ein sehr weitreichender, und indem § 35 Anh. den Testator ermächtigt, selbst die Form zu bestimmen, unter welcher er künftig über seinen Nachlaß verfügen will, sobald er nur einmal, gleichsam nur vorbereitend, in Form eines Testamentes sich diese Befugniß vorbehalten hat, treten hiernach die Gefahren aus der Formlosigkeit solcher späteren letztwilligen Anordnungen, denen die Redaktoren des ALR. durch die Regel der gerichtlichen Form für Testamente wie für Kodizille haben vorbeugen wollen, § 66 I 12 ALR., wieder ein. Dennoch sprechen überwiegende Gründe für die Zulassung dieser Formlosigkeit. I. Ist es die Bedeutung des Wortes Testament, dessen § 35 Anh. sich bedient, und das keineswegs ausschließlich, ja vielmehr nur viel seltener, in dem engeren Sinne, wo es mit einer Erbeseinsetzung verbunden ist, im ALR. gebraucht wird, was für die ältere Meinung spricht. Aus den sehr zahlreichen Fällen dieses Gebrauchs des gedachten Wortes genügt hier die Anführung einiger Beispiele, in denen dasselbe, übereinstimmend mit dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, für eine einseitige, widerrufliche Willenserklärung von Todeswegen, ohne Rücksicht auf eine Erbeseinsetzung, gilt, also auch Kodizill mit darunter verstanden wird. So im § 23 das., wonach der Einwand, daß Jemand zur Errichtung eines Testamentes durch Gewalt, Drohungen u. s. w. bewogen worden sei, gegen eine gerichtlich aufgenommene Verordnung nicht stattfindet; nothwendig muß dies auch von jeder in Testamentsform gerichtlich errichteten letztwilligen Verfügung, auch wenn dieselbe keine Erbeseinsetzung enthält, gesagt sein. Was ferner § 32 das. von dem Testamente eines Menschen, der später für einen Verschwender erklärt worden ist, und § 99 von Testamenten vor Dorfgerichten verordnet, muß auch von solchen Kodizillen gelten. Ebenso in den §§ 48, 76, 79, 81, 103, 108, 111, 120, 129, 131 und vielen anderen Stellen. Es ist hierin nicht eine Ungenauigkeit des Ausdruckes, sondern nur eine Konsequenz des schon erwähnten Grundsatzes des ALR., daß Testamente und Kodizille der Regel nach in einer und derselben gerichtlichen Form zu errichten sind, zu finden. Diese Form wird dann vorzugsweise Testamentsform genannt, wie namentlich im § 139. Es durfte hiernach jeder in Form eines Testamentes verfaßte Aufsatz, ohne Rücksicht auf dessen

---

Worten der Vorbehalt ausgedrückt, ObTr. 54 S. 111, wo der Erbe den Nachzettel nicht gelten lassen wollte, weil im Testament nur Abänderung in Kodizillen, nicht in außergerichtlichen Kodizillen vorbehalten, — und daß auch das angegebene Motiv nicht entscheidet, StrA. 25 S. 16, wo der Vorbehalt ausgesprochen, weil im Testament in Betreff der Dienstleute nichts verfügt, während der Nachzettel eine Verfügung zu Gunsten einer Enkelin enthält. Nicht bedenklich ist auch der in StrA. 84 S. 44 nicht direkt ausgesprochene Satz, daß mit der Zurücknahme der V., in welcher der Vorbehalt ausgesprochen, auch das auf Grund dieses Vorbehalts gemachte Kodizill seine Bedeutung verliert, da es nach Anh. § 35 als Theil der letztwilligen Verordnung gilt, §§ 565—567. Vgl. diesen Fall unt. Nr. 234.

Der zweite, den zulässigen Inhalt des Nachzettels betreffende Grundsatz ist in ObTr. 8 S. 271 darauf gegründet, daß nach der Entstehungsgeschichte des Anh. § 35 der Nachzettel nicht einem Testament gleichstehe, sondern nur neben dem Testament gleiche Kraft haben soll, daß der Erbe ihn als Kodizill gelten lassen muß, § 5 h. t. Erbeinsetzung und Widerruf einer solchen könne nach §§ 572, 578 h. t., die durch Anh. § 35 nicht geändert werden sollten, nur durch Testament oder in Testamentsform erfolgen. Dies ist konstant festgehalten, so in StrA. 24 S. 333, wo im Testament der Nachlaß den Geschwistern und deren Kindern nach Stämmen, im Nachzettel zu Kopftheilen hinterlassen, in ObTr. 41 S. 201 (StrA. 82 S. 250), wo im wechselſ. Testament die Eheleute sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, die erst-

Inhalt, Testament genannt werden. Das ist denn auch in anderen Titeln des ALR. geschehen, z. B. § 431 II 2. Gewiß ist es nicht nothwendig, daß diese in Testamentsform errichtete letztwillige Verfügung zugleich eine Erbeseinsetzung enthalte; und Entziehung des Pflichttheils, die in solcher Form ausgesprochen wird, ist ebenso gewiß keine Erbeseinsetzung.

Und wenn § 414 ebendas. vorschreibt: „Die in einem Testamente geschehene Enterbung besteht so lange, als der Erblasser dies Testament nicht widerrufen hat...," so kann dies nicht auf eine Enterbung, die zugleich eine Erbeseinsetzung enthält, beschränkt werden, sondern Testament ist auch hier eine, wie § 381 daselbst sich ausdrückt, mit den Förmlichkeiten eines eigentlichen Testamentes versehene, oder nach dem Wortlaute des § 379 ib. mit allen Erfordernissen eines gültigen Testamentes versehene letztwillige Verfügung.

Auch § 682 II 18 ALR. verlangt, indem er für die Befreiung eines Vormundes von der obrigkeitlichen Aufsicht eine gerichtliche Erklärung (des Erblassers) oder ein förmliches gerichtlich aufgenommenes oder niedergelegtes Testament vorschreibt*), augenscheinlich nur die Beobachtung der Testamentsform, da ja die letztwillige Erklärung in dieser Beziehung nicht mehr zu enthalten braucht, als die im § 682 zuerst gedachte einfache gerichtliche, inter vivos abgegebene. Hiernach kann es denn auch kein Bedenken hervorrufen, wenn man in den von Nachzetteln handelnden §§ 163 ff., 171 I 12 ALR. dem Ausdrucke Testament diese weitere Bedeutung beilegt. Will man im § 163 unter Testament, im Gegensatze zum außergerichtlichen Kodizille nur einen letzten Willen, der auch eine Erbeseinsetzung enthält, verstehen, so fehlt eine Bestimmung darüber, was in einem solchen Falle von gerichtlichen Kodizillen gelten soll, und es läßt sich diese Frage nur dadurch beantworten, oder das Bedenken nur lösen, indem man auch in dem § 163 das gerichtliche Testament nur als die in der regelmäßigen Testamentsform errichtete letztwillige Verfügung überhaupt ansieht. Es ist auch in der Sache selber nicht abzusehen, warum die Verzichtleistung auf jene facultas codicillandi sich durchaus an eine Erbeseinsetzung sollte knüpfen müssen.

Dasselbe darf dann auch von der Vorschrift im § 171 gesagt werden, welche die in einem außergerichtlichen Aufsatze ertheilten Verordnungen über die Theilung des Nachlasses unter anderen Erben, als den Descendenten des Erblassers, nur dann für gültig erklärt, wenn der Erblasser es sich in seinem gerichtlichen Testamente ausdrücklich vorbehalten hat. Gelangt man aber hiernach zu dem Ergebnisse, daß das ALR. „Testament" sehr häufig auch in dem Sinne, daß darunter Kodizille mit umfaßt, und daß auch die Ausdrücke: gerichtliches, gerichtlich deponirtes, rechtsbeständiges Testament von einer letztwilligen Verfügung gebraucht werden, die in der Testamentsform, ohne Rücksicht auf Erbeseinsetzung, errichtet ist, in diesem Sinne auch selbst die von Nachzetteln sprechenden, dem § 35 Anh. zunächst stehenden Vorschriften aufzufassen sind, so ist man auch berechtigt, in diesem § 35 die gleiche Bedeutung des Wortes Testament zu finden.

II. Dafür sprechen dann auch noch andere, innere Gründe. Denn es wird nach der bisherigen Erörterung nicht bezweifelt werden dürfen, daß das ALR. den Grundsatz anerkennt, daß Vermächtnisse und alle übrigen, außer der Erbeseinsetzung möglichen letztwilligen Verfügungen, gültig

---

*) Vgl. jetzt VO. §§ 47, 17 Nr. 2; §§ 59, 60 Abs. 2.

---

verstorbene Ehefrau im Nachzettel den Ehemann auf den Pflichttheil beschränkt hatte, wenn er aus einer bestimmten Familie wieder heirathe, in ObTr. 59 S. 102, wo im Nachzettel die Erbquoten geändert waren, in ObTr. 75 S. 338 (StrA. 95 S. 175), wo im Testament Kinder und Enkel eingesetzt und sich gegenseitig substituirt, im Nachzettel zwei Erben dies Recht der Substitution in den Erbtheil der Miterben entzogen war. Auch StrA. 25 S. 16 weicht direkt nicht ab; der unter c. daselbst formulirte Satz ist falsch. In dem Testament war die Tochter als einzige Erbin eingesetzt, im Nachzettel aber mit Rücksicht darauf, daß sie inzwischen ein Kind geboren, bestimmt, daß dies Kind die Hälfte von dem durch den Verkauf der Güter zu bestimmenden baaren Vermögen erhalten solle. Das ObTr. hat darin an sich und mit

angeordnet werden können, ohne daß der Akt eine Erbeseinsetzung enthalte. Warum nun für einen letztwilligen Vorbehalt von Nachzetteln die Testamentsform nicht genügen, sondern außerdem eine Erbeseinsetzung nöthig sein soll, dafür läßt sich ein sachlicher Grund nicht ersehen, da zwischen diesem Vorbehalte und der Erbeseinsetzung durchaus keine engere Verbindung als zwischen der letzteren und jedem anderen Inhalte eines letzten Willens besteht.

Die Gesetz-Kommission, welche die von ihr zu entscheidende Frage dahin aufgestellt hatte: ob im Sinne des ALR. gerichtlich errichtete Testamente die darauf Bezug nehmenden, darin vorbehaltenen, außergerichtlichen Kodizille bei Kraft erhalten, und welche zugleich ihren Ausspruch ausdrücklich als einen de lege ferenda zu treffenden ansah, kann daher nicht lediglich bei dem ihre Thätigkeit veranlassenden Fall, in dem neben dem Vorbehalte auch eine Erbeseinsetzung gegeben war, stehen geblieben sein, sie hat ihn auch ganz in der Allgemeinheit der aufgeworfenen Frage erörtert und nirgends auf eine Erbeseinsetzung Bezug genommen. Sie hatte die zu treffende Bestimmung dem landrechtlichen Systeme der letztwilligen Verordnungen, namentlich der Regel unterzuordnen, daß eine und dieselbe Form für letztwillige Verfügungen aller Art gilt und diese Form für die Erweckung der Besonnenheit bei jeder solcher Disposition, von welcher Art auch deren Inhalt sein mag, hinreichend sorgt. Nothwendig mußte daher dieser Inhalt der letztwilligen Verordnung hier an der Bedeutung verlieren, welche demselben da beiwohnt, wo Testament und Kodizill sich auch durch die Form ihrer Errichtung unterscheiden, und die strengere und die feierlichere Form des eigentlichen, eine Erbeseinsetzung enthaltenden Testaments, auch dem Vorbehalte unförmlicher Nachzettel eine größere Sicherheit zu gewähren bezweckt, als die leichtere des Kodizills. Daß das ALR. auch Testamente in diesem eigentlichen Sinne kennt, versteht sich von selbst, und es unterscheidet ebenfalls an mancherlei Stellen Testament von Kodizillen. Aber häufiger und einflußreicher ist der Gebrauch dieser Benennung für diejenige letztwillige Verfügung, die sich nicht durch ihren Inhalt, sondern nur durch ihre Form kennzeichnet und dann dem Testamente die außergerichtliche Disposition gegenüberstellt. Gegenwärtig, wo durch den § 35 Anh. eigentlich der Unterschied zwischen Testament und Kodizill aufgehört hat, ist auch von einer Erschwerung der Errichtung von Nachzetteln, wie sie nach der neueren Meinung eintreten müßte, eine erhebliche praktische Wirkung nicht zu erwarten. Denn es müßte doch beispielsweise hinreichen, wenn der Erblasser in einer gerichtlich und gehörig deponirten Urkunde ausspräche: meine gesetzlichen Erben sollen meinen Nachlaß haben, oder ich lasse es bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden, und dabei zugleich die Befugniß zur Errichtung von Nachzetteln sich vorbehielte; dadurch aber würde nur bewirkt, was auch ohne jene ausdrückliche Berufung der gesetzlichen Erben von Rechtswegen eingetreten wäre, der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge neben gleichgroßer Freiheit zur Verfügung durch Nachzettel.

Die einzige Beschränkung, die nach dem § 35 Anh. noch dieser Freiheit gesetzt werden darf, ist derselben schon durch das Präjud. Nr. 1201 zu Theil geworden, dahin nämlich: daß durch ein im Testamente vorbehaltenes Kodizill die in dem Testamente geschehene Erbeseinsetzung nicht geändert werden darf (ObTr. 8 S. 272). Diese Einschränkung ist nach den Worten des § 35 gerechtfertigt, wie sie der auch jetzt noch bestehenden Absicht des Gesetzes, die Erbeseinsetzung mit sichernden Formen zu umgeben, entspricht und auch von praktischer Bedeutung ist, indem sie eine ganz form-

---

Rücksicht auf andere Bestimmungen des Nachzettels ein Quotenlegat, keine Erbeinsetzung, gefunden.

In ObTr. 61 S. 330 (StrA. 71 S. 365) ist zu § 169 h. t. angenommen, daß trotz § 682 II 18, welcher die Befreiung eines Vormundes nur in gerichtl. oder testamentar. Erklärung zuließ, nach Anh. § 35 u. § 169 h. t. Ernennung und Befreiung auch in vorbehaltenen Nachzetteln statthaft. Die Streitfrage ist jetzt durch VO. § 17 Nr. 2, 4; § 21 Nr. 6; §§ 26, 35, 57, 59, 60 entschieden.

Ueber außerger. V. anderer Art, das s. g. Oralfideikommiß, §§ 172—174, vgl. unt. Nr. 231, und über die disp. par. int. liberos zu II 2 §§ 379 ff.

lose Erbeseinsetzung wirksam hindert und jeder Umgehung dieses Hindernisses den Weg verschließt. Die neuere Meinung schafft zwar auch ein Hinderniß, das aber, wie schon bemerkt ist, auf die leichteste Weise aus dem Wege geräumt werden kann und nur dem Unkundigen Gefahr bringt, und sie würde sich daher selbst de lege ıerenda nicht empfehlen.

Nr. 226. §§ 1, 8, 9—35, 123; AGO. II 3 § 7. Testamente u. Kodizille. Testamentsfähigkeit. (testmfct. activa.) Taubstumme.*)

Präj. 2660 v. 3. März 1856; ObTr. 32 S. 64 (StrA. 20 S. 231).

In dem Falle hatte der unter Vormundschaft stehende grossjährige taubstumme D. U., der weder schreiben noch Geschriebenes lesen konnte, vor Gericht in der Art testirt, dass er unter Zuziehung von zwei Knechten seines Hofes, welche seine Zeichensprache verstanden, über seinen Willen gehört, das Testament danach aufgenommen, der Inhalt ihm durch die beiden als Dolmetscher zugezogenen Knechte vorgehalten und die Verhandlung von diesen und dem Vormunde unterzeichnet wurde. Auf die Klage seiner Geschwister gegen den ernannten Erben ist das Testament in allen Instanzen für ungültig erklärt.

Gründe: Mit Unrecht wirft Implorant dem zweiten Richter vor, die gesetzlichen Vorschriften über die Testamentsfähigkeit der Taubstummen und über die Form eines von einem solchen zu errichtenden Testaments, namentlich aber die §§ 9, 26, 123, 139 I 12 ALR., § 7 II 3, § 1 II 4 AGO. dadurch verletzt zu haben, daß er die Gültigkeit des Testaments des taubstummen D. U., wegen dessen Unfähigkeit zu schreiben und Geschriebenes zu lesen und wegen Nichtbeobachtung der im § 123 I 12 ALR. vorgeschriebenen Formen verneint hat. Das ALR. verordnet, nachdem es im § 9 I 12 die Testamentsfähigkeit als Regel soweit ausgedehnt hat, als die Verfügungsfähigkeit unter Lebendigen reicht, hinsichtlich der Tauben resp. Stummen in den §§ 26, 123, 139. Auf diese Bestimmungen verweist auch die AGO. II 4 § 1 in dem Abschn. von dem Verfahren bei Aufnehmung der Testamente und anderer letztwilliger Verordnungen. Die active Testamentsfähigkeit der Tauben resp. Stummen und die Gültigkeit der von solchen Personen errichteten Testamente hängt also nach den Vorschriften des ALR. erstlich davon ab, daß dieselben sich schriftlich oder mündlich auszudrücken vermögen, und zweitens davon: daß sie Geschriebenes lesen, — außerdem, wenn sie stumm sind, selbst schreiben können. Der Taubstummen und ihrer Testamentsfähigkeit, sowie der bei ihren letzwilligen Verordnungen zu beobachtenden Formen ist weder in den obigen Gesetzesstellen, noch an

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 539, 548; Dernburg 3 § 104; Förster (Eccius) 4 § 245. — Die Fähigkeit zu letztwilliger Verordnung durch Testament u. Kodizill (testmfct. activa; über d. testmfct. passiva s. Nr. 229) hängt objektiv von der Dispositionsfähigkeit über das Objekt ab, §§ 1, 9 h. t., die durch dessen rechtliche Natur (Lehn, Fideikommiß) beschränkt sein kann und provinzialrechtlich auch sonst beschränkt ist (vgl. § 6 Ges. v. 16. April 1860 für Westfalen, StrA. 29 S. 306; 54 S. 110; 66 S. 65; Präj. 630; ObTr. 18 S. 400 für Lübisches Recht), subjektiv von der natürlichen und rechtlichen Fähigkeit zur Aeußerung des letzten Willens. Als natürlich unfähig gelten nach § 16 Minderjährige unter 14 Jahren, nach §§ 21 ff. die Geisteskranken, nach §§ 26, 123, wie das mitgetheilte Erk. nachweist, auch Jeder, der sich nicht entweder mündlich oder schriftlich verständigen kann, namentlich also Taubstumme, die nicht schreiben und nicht Geschriebenes lesen können. Das Erk. legt zugleich dar, unter welchen Umständen und in welchem Umfange die Zeichensprache für die Erklärung des Willens ausreicht. Die Beschränkung in § 17 ist strikt zu nehmen. Ueber

anderen, auf diese Materie bezüglichen Orten ausdrücklich gedacht. Indessen wenn auch daraus noch nicht eine völlige Unfähigkeit Taubstummer, letztwillige Verfügungen zu errichten, gefolgert werden kann, so ist doch soviel außer Zweifel, daß die Testamentsfähigkeit solcher Personen, welche zugleich taub und stumm sind, mindestens an die gleichen Bedingungen geknüpft sein muß, wie die der blos tauben und blos stummen Personen, ebenso die formelle Gültigkeit letztwilliger Verordnungen derselben. Daher kann unter Berücksichtigung der Vorschriften des ALR. nach § 139 I 12 das Testament eines Taubstummen nur dann für gültig erachtet werden, wenn der Testator Geschriebenes lesen und selbst schreiben kann, und das Testament unter Benutzung dieser Fähigkeiten nach dem § 123 I 12 aufgenommen worden ist.

Implorant hat nun zwar auszuführen gesucht, daß Taubstumme bereits dann letztwillig verfügen könnten, wenn sie im Stande seien, ihren Willen mittelst der Zeichensprache deutlich und mit Zuverlässigkeit zu erkennen zu geben. Schon aus dem ALR. und der AGO. soll sich dies ergeben, da wenn schon ersteres hinsichtlich der Testamentsfähigkeit der Taubstummen keine besonderen Vorschriften enthalte, doch der § 9 I 12 allgemein festsetze: daß jemand, soweit er unter Lebendigen über sein Vermögen zu verfügen fähig und berechtigt ist, auch auf den Todesfall Verfügungen treffen kann, — demgemäß aber, da besondere Bestimmungen über die Förmlichkeiten der Testamente Taubstummer nicht getroffen worden, auf Grund dieses § 9 die Vorschriften der AGO. § 7 II 3, die das Verfahren bei Willenserklärungen taubstummer Personen regelten, zur Anwendung gebracht werden müßten, wonach durch Anwendung der Zeichensprache unter Zuziehung der solcher kundigen Dollmetscher dergleichen Erklärungen gültig geschehen könnten. Hiermit, meint Implorant, harmonire auch der § 26 I 12 ALR., da unter der von diesem geforderten Möglichkeit des „mündlichen Ausdruckes" nicht blos die Fähigkeit, zu sprechen, sondern auch die, sich durch unartikulirte Laute und Zeichen auszudrücken, verstanden werden müsse, und insofern stehe damit auch § 1 II 4 AGO. im Einklange, da dieser auf das ALR. verweise. Jedenfalls sei durch die Reskr. v. 24. Juni 1802 Neues A. 3 S. 9, u. 10. Mai 1806, N. C. C. T. XII p. 345, Neues A. 4 S. 255, ausdrücklich der Gebrauch der Zeichensprache bei Aufnahme der Testamente tauber und stummer Personen gestattet, und der App.-Richter verstoße jedenfalls wider diese gesetzlichen Bestimmungen durch sein Entscheidung. —

Allein auch dieser Vorwurf erscheint nicht begründet. Was zunächst die Bedeutung des § 7 II 3 AGO. ohne Rücksichtnahme auf die allegirten Reskripte betrifft, so hat solcher lediglich die Aufnahme von Rechtsgeschäften unter Lebendigen zum Gegenstande, und es wird im vierten, das Verfahren bei Aufnahme von Testamenten betreffenden Titel, nicht darauf Bezug genommen, namentlich im § 1 dieses Titels lediglich auf die Vorschriften der §§ 66—241 I 12 ALR. verwiesen. Eine Anwendung derselben ohne besondere gesetzliche Bestimmung würde also um so weniger zulässig sein, als sie mit der von den Redaktoren des ALR. anerkannten Nothwendigkeit eines stärkeren und zuverlässigeren Beweises über die Gewißheit des Willens und folglich auch einer bestimmteren und festeren Form bei den Testamenten, als bei Kontrakten unter Lebendigen (Suarez im amtlichen Schlußberichte ad Tit. 12 Anlage D.) im Widerspruch stehen würde. Zudem kann unter

---

die §§ 21 u. 22 h. t., ihre Auslegung und ihr Verhältniß zu den §§ 4, 24 ff. I 4 vgl. das wichtige Erk. ObTr. 58 S. 158 (StrA. 67 S. 91) Nr. 55, Bd. 1 S. 211 und die Bemerkungen daselbst. Unzweifelhaft ist danach, daß, während sonst Vormundschaft so wenig wie die väterl. Gewalt die Testirbefugniß berührt, der Umstand allein, daß der Testirende wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft steht, die Testirfähigkeit absolut und ohne Zulassung etwa des Beweises der geistigen Fähigkeit ausschließt, das Testament nichtig macht. Eine andere Frage ist, ob das in dem Erk. Nr. 55 erwähnte Präj. 1998 (nicht 1991), ObTr. 16 S. 500 (ohne Gründe) gerechtfertigt. Die Zweifel dagegen deutet das ObTr. selbst an. In einem in Gruchot A. 17 S. 868 mitgetheilten Erk. v. 24. Jan. 1873 hat das ObTr. den Satz des Präj. 1998 aber wiederholt. Anders lag der Fall StrA. 20 S. 61. Hier focht der Kläger das Testament seines Vaters mit der Behauptung an, daß derselbe geistig und körperlich dispositionsunfähig und der Sprache nicht mehr mächtig gewesen. Im gerichtlichen Protokoll war bekundet, daß der Testator in ungestörtem Besitz seiner Geisteskräfte, völlig dis-

der im § 26 I 12 ALR. erwähnten Fähigkeit, sich **mündlich** auszudrücken, keineswegs die der Zeichensprache begriffen sein, da eine solche Erklärung und Gleichstellung dem festen und zweifellosen Sprachgebrauche ebenso wie der Natur der Sache widerspricht, namentlich da die Zeichensprache solcher Taubstummen nicht allgemein verständlich ist, sondern nur als Verständigungsmittel für gewisse mit ihnen genau bekannte Personen dient. Es kommt hierzu, daß der § 7 II 3 AGO. selbst ausspricht, wie Taubstumme, die nicht schreiben und Geschriebenes lesen können, in der Regel nicht fähig seien **Verträge** zu schließen und nur ausnahmsweise in gewissen besonderen Fällen die Aufnahme solcher durch die Zeichensprache, unter Zuziehung des Vormundes eines solchen Taubstummen oder eines ihm besonders zu bestellenden Kurators gestattet, um so weniger also eine Anwendung hiervon auf die Vorschriften über die Aufnahme letztwilliger Verordnungen sich rechtfertigt. Es fragt sich daher nur, ob etwa durch die Hof-Reskr. v. 24. Juni 1802 u. 10. Mai 1806 etwas an jenen Vorschriften geändert worden und ob bei Zugrundlegung derselben auch ein unter den Umständen des vorliegenden Falles errichtetes Testament eines Taubstummen für gültig würde erachtet werden können. Dies läßt sich jedoch nicht behaupten. Ganz abgesehen davon, ob diesen weder in den Anh. z. ALR. noch auch zur AGO. aufgenommenen Hof-Reskr. Gesetzkraft beizulegen sei, passen sie auf den vorliegenden Fall nicht. Es ist zwar richtig, daß diese beiden Hof-Reskr. die Zeichensprache bei Testamenten gleichfalls für ein zulässiges Verständigungsmittel erachten; allein es ist dabei nicht außer Augen zu lassen, daß dies nur unter solchen Umständen anerkannt ist, wo für den das Testament aufnehmenden Richter die Möglichkeit bleibt, sich selbst aus eigener Wahrnehmung von der Gewißheit des Willens des Testirenden zu überzeugen, namentlich aber sie überhaupt nicht den Fall betreffen, wo der Lesens und Schreibens unkundige Testator auch taub und stumm zugleich ist. Das Hof-Reskr. v. 24. Juni 1802 erging vielmehr auf die Anfrage der damaligen Regierung (Oberlandesgericht) zu Magdeburg (cf. **Rabe**, Sammlung Bd. VII S. 175) in einem Falle, wo ein des Schreibens und Lesens im Zusammenhange unkundiger und völlig taub gewordener, der Sprache jedoch mächtiger, dortiger Einwohner ein Testament errichten wollte. Das anfragende Gericht sprach sich dahin aus, daß dabei die Zeichensprache in der Art substituirt werden könne, wie solche bei Aufnahme der Verträge taubstummer Personen im § 7 II 3 AGO. vorgeschrieben sei, und es hinlänglich für die Ueberzeugung von der Gewißheit des Willens einer solchen Person erscheine, wenn bei Anwendung des vorgeschriebenen Verfahrens das Gericht durch die Dollmetscher die dem Testirer zu thuenden Fragen vorlege und dann der Antwort des Letzteren gewärtige, auch am Schlusse des Protokolls den Inhalt desselben dem Testirer auf gleiche Art nochmals vorhalte und dessen Erklärung ebenso gewärtige. Hierauf erging durch das gedachte Hof-Reskr. der Bescheid dahin, daß das vorgeschlagene Verfahren bei Aufnehmung des Testaments eines Tauben, der vollkommen fertig sprechen könne, jedoch nicht im Stande ist, Geschriebenes im Zusammenhange zu lesen, völlig angemessen sei. Dies erscheint auch gewiß gerechtfertigt. Denn in solchem Falle war ja die Aufnahme der Verhandlung auf den Grund der von dem Testirer selbst auf die ihm durch die Zeichensprache vorgelegten Fragen, abgegebenen, dem Richter vernehmbaren Erklärungen aufgenommen und dieser konnte am Schlusse ihn auch selbst zur mündlichen Wiederholung seines Willens auffordern lassen, sich also vollkommene Gewißheit darüber verschaffen.

positionsfähig gewesen, seinen Willen erklärt und das Niedergeschriebene auf Vorlesen genehmigt habe. Das ObTr. hat den Beweis dagegen unter Bezug auf § 126 I 10 AGO. für unzulässig erklärt. Vgl. jetzt § 380 Abs. 2, § 383 CPO. Ueber die Unanwendbarkeit der §§ 21, 22 h. t. auf Verträge und Erbverträge insbesondere vgl. Nr. 55.

Beschränkungen der Testirfähigkeit aus Rechtsgründen statuiren die §§ 27 ff. bezüglich der Verschwender, die §§ 1199, 1200 II 11 bezüglich der Mönche und Nonnen, — vgl. dort StrA. 40 S. 228, — der § 35 h. t., der sich nach StrA. 2 S. 153 auch auf legatum debiti, § 430 h. t., bezieht, endlich die §§ 982, 999 II 1.

Ein Verzicht auf die Testirbefugniß ist nur in der Form des Erbvertrages zulässig.

Ueber die nicht hierher gehörigen §§ 8, 23, 24, 25 h. t. (Anfechtung wegen Zwangs, Irrthums, Betrugs, Trunkenheit) vgl. **Förster** (**Eccius**) 4 § 246; **Dernburg** 3 § 127 u. unt. Nr. 234.

Das Hof=Reskr. v. 10. Mai 1806, ergangen auf eine Anfrage der Regierung zu Posen (cf. Rabe l. c. Bd. VIII S. 589), betrifft dagegen den Fall, wo ein des Schreibens und Lesens Unkundiger, an der Zunge gänzlich Gelähmter und zum Sprechen unfähig Gewordener, des Gehörs aber nicht Beraubter, testiren will, und es setzt, nach dem Antrage des anfragenden Gerichts, fest: daß die Bestimmung der AGO. § 7 II 3, nach welcher die Zeichensprache bei Verträgen der Taubstummen angewendet werden soll, auch bei Testamenten dergestalt angewendet werden könne, daß durch dieses Verständigungsmittel Stumme, welche nicht schreiben können, zur Errichtung eines Testamentes fähig werden. Auch in solchem Falle ist der Richter im Stande, selbst Fragen an den Testirenden zu richten. Letzterer selbst kann sich durch Anhören der Vorlesung der aufgenommenen Verhandlung überzeugen, daß diese seinem Willen gemäß aufgenommen ist, und seine Genehmigung auf die vom Richter an ihn gerichteten Fragen durch allgemein verständliche Zeichen erklären. Diese Hof=Reskr. haben daher nur die im ALR. fehlende Bestimmung darüber ergänzt, wie es bei Testamenten eines Tauben, oder eines Stummen, der Schreibens und Lesens unkundig ist, gehalten werden soll. Eine Bestimmung, daß auch eine zugleich taube und stumme Person, die auch nicht fähig ist, auf allgemein verständige Weise, durch Wort oder Schrift, ihren Willen erkennen zu geben, fähig sei, ein Testament zu errichten, enthalten die Gesetze nicht, und eine analoge Anwendung der bestehenden Vorschriften über die Errichtung von Testamenten Lesens und Schreibens unkundiger, blos tauber oder blos stummer Personen auf Taubstumme, wie Implorant verlangt, erscheint unzulässig, theils mit Rücksicht auf die bestimmte Vorschrift des § 139 I 12 ALR., theils weil in diesem Falle es an dem nothwendigen Erfordernisse fehlt, daß der Richter sich selbst die Ueberzeugung von der Gewißheit des Willens des Testirenden verschaffen könne, und die Möglichkeit nicht in Abrede zu stellen ist, daß durch eine Vereinigung der der Zeichensprache der Taubstummen kundigen und als Dollmetscher zugezogenen Personen eine ganz andere Disposition in das Protokoll niedergeschrieben werden könnte, als der Taubstumme abgegeben zu haben glaubt.

Jedenfalls kann aber aus den bestehenden gesetzlichen Vorschriften die Gültigkeit des Testaments eines Taubstummen, der unfähig ist, allgemein seinen Willen verständlich auszudrücken, nicht hergeleitet werden.

Nr. 227. §§ 66—81; Anh. §§ 29, 82—92; Anh. § 30; §§ 113, 114, 115—122, 124—132; Anh. §§ 31, 32; §§ 133—138; AGO. II 3 § 13. Testamente u. Kodizille. Form; gerichtliche Form. Der Richter u. Protokollführer. Zeugen u. Dolmetscher.*)

a. Präj. 2276 v. 5. März 1851; ObTr. 20 S. 132.

b. Erk. v. 30. Mai 1856; ObTr. 33 S. 338 (StrA. 21 S. 232).

c. Erk. v. 22. April 1870; ObTr. 63 S. 112 (StrA. 77 S. 60).

Im Falle a. wurde ein mündlich zu gerichtlichem Protokoll errichtetes Testament angefochten, weil der Richter mit den eingesetzten Erben im 5. Grade verwandt, mit dem Erblasser im 4. Grade verschwägert war. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. wurde ein Testament angefochten, weil die beiden zugezogenen Testamentszeugen ausser ihrem Namen nichts schreiben und insbesondere deutsch nicht lesen konnten. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen die Klage abgewiesen. — Im Falle c. hatte der Testator in

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 540—545; Dernburg 3 §§ 106—112; Förster (Eccius) 4 § 249. — Ueber die Anwendung des Satzes locus regit actum vgl. Nr. 17,

seinem mündlich zu gerichtlichem Protokoll erklärten Testament die minderjährigen Kinder des Lehrers G. zu Erben eingesetzt und diesem selbst ein Legat ausgesetzt, G. war sodann als Unterschriftszeuge wegen Schreibensunkunde des Testators zugezogen. Die Klage der Intestaterben auf Ungültigkeitserklärung des Testaments ist in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Der App.-Richter läßt die Frage, ob die Vorschriften des § 143 I 2 und § 13 III 3 AGO. und § 40 Anh., die an sich allerdings nur auf streitige Rechtssachen Bezug haben, in Gemäßheit der Vorschrift des § 22 II 2 AGO. aber auch auf Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden sein möchten, dahin gestellt, indem er der Ansicht ist, daß, wenn man auch dies annehme, im vorliegenden Falle doch immer nur das Verwandtschaftsverhältniß, in welchem die ernannten Erben zu dem das Testament aufnehmenden Richter stehen, in Betracht kommen könnte, da nur diese aus dem Testamente Rechte erwürben; wogegen in Beziehung auf den Testator, wie der ganze Zusammenhang der Gesetze ergebe, nur ein etwaniges persönliches Interesse, welches der Richter bei dem Inhalte des Testaments habe, von Einfluß auf seine richterliche Wirksamkeit sein könne. Er schließt sodann damit: daß, da der mit der Aufnahme des fraglichen Testaments befaßt gewesene Richter mit den eingesetzten Erben nur im fünften Grade verwandt sei, und dies nach § 40 Anh. AGO. ihn selbst in streitigen Angelegenheiten zur Ausübung seines Amts nicht unfähig mache, die im ALR. angeführten Fälle, wo der Richter wegen eines persönlichen Interesses an dem Inhalte des Testaments sich der Wirksamkeit zu enthalten habe, nicht vorliegen, und die Vorschriften wegen der Besetzung des Gerichts beobachtet seien, das Testament auch nicht für ungültig erachtet werden könne.

Ließen sich auch gegen die Richtigkeit dieser Ausführung Bedenken erheben, so würde doch die Art und Weise, wie Implorant die Entscheidung anzufechten versucht hat, immer verfehlt erscheinen. Er macht dem App.-Richter den Vorwurf, Rechtsgrundsätze dadurch verletzt zu haben, daß er wider den Inhalt des § 143 I 2 AGO. und Anh. § 40 sowie § 13 III 3 AGO. erkannt habe. Diese Gesetze enthalten aber überall keine Grundsätze des materiellen Rechts, sondern nur Bestimmungen über diejenigen Voraussetzungen, unter welchen die Kompetenz des an sich zuständigen Richters modifizirt werden kann; und Verstöße gegen diese werden daher auch in der V. v. 14. Dez. 1833 § 5 Nr. 5 nur als Verletzungen wesentlicher Prozeßvorschriften bezeichnet; sie sind ferner auch nur mit einer Nichtigkeit insofern verknüpft, als ein Richter den obigen Vorschriften zuwider an einer richterlichen Entscheidung, der er sich hätte enthalten sollen, Theil genommen hat, wovon hier nicht die Rede ist. Die Nicht.-Beschw., insoweit sie auf eine behauptete Verletzung der oben gedachten Gesetze gestützt worden ist, erledigt sich also. Implorant hat dies auch gefühlt, und daher die Beschwerde auf die Art zu begründen gesucht, daß er behauptet, aus jenen Vorschriften sei der Grundsatz herzuleiten, daß ein von einem mit dem Testator im vierten Grade verschwägerter Richter aufgenommenes Testament wegen mangelnder

---

Bd. 1 S. 66. — Die regelmäßige Form ist für Testamente u. Kodizille nach § 66 h. t. die gerichtliche, die mündliche oder schriftl. Errichtung vor Gericht, d. h. vor Richter u. Protokollführer, sei es an Gerichtsstelle oder außerhalb derselben. In beiden Fällen bedurfte der Richter u. Protokollführer außer in dem obsoleten Falle des § 87 h. t. nach §§ 88 ff. der besonderen Ernennung für den einzelnen Akt, welche durch die AKO. v. 24. März 1839 (GS. S. 155) für den Protokollführer nachgesehn wurde. ObTr. 1 S. 75 ist dadurch beseitigt. In ObTr. 62 S. 94; 67 S. 44 (StrA. 83 S. 297); StrA. 6 S. 376 war angenommen, daß die schriftliche Ernennung nicht erforderlich und die Ernennung ständiger Deputationen zulässig. Vgl. Geschäfts-Regul. v. 18. Juli 1850 §§ 19, 35 (JMBl. S. 237); JMBl. 1843 S. 189; AGO. II 2 §§ 1, 2; 4 § 4. Durch die Einrichtung der Amtsgerichte hat dies seine Bedeutung verloren, § 22 GerVGes.; §§ 21 ff. AusfGes. dazu. Aus § 23 Abs. 2 AusfGes. ergiebt sich auch der auch in den §§ 72 ff. h. t. enthaltene Grundsatz, daß die lokale Unzuständigkeit des Richters allein den Akt ebensowenig ungültig macht, wie daß der Richter nach der Geschäftseintheilung mit Testamentsaufnahmen nicht betraut ist. Aus ersterem folgt freilich nicht, daß jeder Richter an jedem Ort, auch bei zufälliger Anwesenheit außer Amt zu fungiren hat. Vorausgesetzt wird die allgemeine richterliche Qualifikation, § 2

Besetzung des Gerichts nichtig sei, und dabei zugleich die Vorschriften der §§ 72, 75 139 I 12 ALR. als verletzt bezeichnet. Allein aus den von ihm in Bezug genommenen, oben mitgetheilten Vorschriften der AGO. kann ein solcher Grundsatz nicht hergeleitet werden, da sie sich nicht im Entferntesten auf die Aufnahme von Testamenten beziehen, auch überhaupt nicht aussprechen, daß eine von einem Richter, der mit der Partei in den dort erwähnten verwandtschaftlichen Verhältnissen steht, vorgenommene amtliche Handlung nichtig sei, vielmehr nur die betheiligte Partei berechtigen, auf die Verweisung der Sache an ein anderes Gericht anzutragen. Wollte man aber selbst mit Rücksicht auf die allgemeine Vorschrift des § 13 III 3 AGO. annehmen, daß eine von einem Richter unter solchen Verhältnissen vorgenommene Amtshandlung in streitigen, sowie in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als ungültig würde angefochten werden können, so würde daraus noch nicht folgen, daß ein Gleiches in Beziehung auf Testamente der Fall sei. Eines Theils nämlich unterscheiden sich Testamente von anderen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dadurch, daß sie einseitige, den Testator nicht verpflichtende, vielmehr stets widerrufliche Willenserklärungen enthalten, aus welchen auch Rechte für den darin Begünstigten erst nach dem Tode des Erklärenden entstehen; anderen Theils sind auch über die Erfordernisse der Gültigkeit eines Testaments speziell in den §§ 66—138 I 12 ALR. die umständlichsten Vorschriften gegeben. Der § 1 II 4 AGO. verweiset ausdrücklich auf solche in dieser Beziehung hin, und der § 139 I 12 ALR. knüpft die Gültigkeit des Testaments an die Beobachtung der in den allegirten §§ 66—138 enthaltenen Vorschriften, welche als Spezialgesetze eine ausdehnende Erklärung um so weniger zulassen, als verschiedene derselben von den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung des Richters, unter gewissen Voraussetzungen, namentlich bei vorwaltendem eigenen Interesse, der amtlichen Wirksamkeit sich zu enthalten, abweichen. Insbesondere ist nach § 133 a. a. O. ein schriftlich und versiegelt übergebenes Testament gültig, wenn auch der Richter, der dasselbe angenommen hat, darin zum Erben ernannt ist; und nach § 136 braucht er sich sogar der Aufnahme eines mündlich zum Protokolle errichteten Testaments auch dann nicht zu enthalten, wenn ihm selbst ein Vermächtniß darin ausgesetzt wird, vielmehr ist es hinreichend, wenn der Testator nur eigenhändig am Rande bei der betreffenden Stelle oder bei der Unterschrift bezeugt, daß solches wirklich seine Absicht sei.

Wenn aber selbst ein solches klar erhellendes eigenes Interesse des Richters ihn bei Geschäften dieser Art nicht zur Ausübung seines Amtes unfähig macht, so läßt sich noch weniger annehmen, daß der Gesetzgeber ein Testament, bei welchem der aufnehmende Richter auch nicht im Entferntesten betheiligt erscheint, doch um deshalb allein hätte als ungültig angesehen wissen wollen, weil der Richter mit dem Testator verwandt oder verschwägert war. Es ist dies aber auch nirgends in den betreffenden Vorschriften über die Erfordernisse der Gültigkeit eines solchen Testaments ausgesprochen. Implorant will zwar dennoch eine solche Bestimmung aus dem Inhalte der §§ 72—75 a. a. O. herleiten, und er behauptet, daß das Gericht nicht für gehörig

---

GVGes., welche nach § 2 Abs. 3 AusfGes. Referendarien abweichend von § 8 Abs. 2 Ges. v. 6. Mai 1869 jetzt nicht mehr haben, wohl aber die den Amtsgerichten zur Beschäftigung überwiesenen Assessoren, § 3 a. a. O. Auf die Qualifikation für den einzelnen Akt beziehen sich die §§ 133 ff. h. t. u. die Erk. a. u. b. Danach ist der Richter und Protokollführer, der zum Erben eingesetzt werden soll, durch das Gesetz von der Funktion bei dem mündlichen Testamente im Sinne §§ 104 ff. h. t. (der Fall §§ 108—110 fällt unter § 133) ausgeschlossen, während bei Hinterlassung von Vermächtnissen nur die Vorsichtsmaßregeln §§ 136 bis 138 angeordnet. Das Erk. a. begründet den Satz, daß im Uebrigen Verwandtschaft und Schwägerschaft zum Erblasser oder Erben die Amtsfunktion nicht hindert. Die wesentlich instruktionelle Vorschrift in § 13 III 3 AGO. steht nicht entgegen. Vgl. OHG. 15 S. 340, 342. Durch die CPO. ist darin selbstverständlich nichts geändert. Ebenso StrA. 87 S. 250, wo es sich um ein dorfgerichtl. Testament, §§ 93—100 h. t., handelte und der eingesetzte Erbe ein Enkel des Schulzen und Schwestersohn eines der Schöppen war. In diesem Urtheil ist noch hingewiesen auf den Rechtszustand bei Emanirung des ALR., das sc. Libonianum, nach dessen Grundsätzen jede zu Gunsten des testamentarius, d. h. des Dritten, der den Willen niedergeschrieben, lautende Disposition ungültig, wenn sie vom Testator nicht besonders

besetzt angesehen werden könne, wenn der Richter zum Testator in solchen Verhältnissen stehe. Allein nach § 82 a. a. O. ist ein zur Auf- oder Annahme eines Testaments bestimmtes Gericht gehörig besetzt, wenn dasselbe wenigstens aus Einer zur Justiz verpflichteten Gerichtsperson und einem vereideten Protokollführer besteht; und die folgenden Vorschriften, namentlich § 89 und § 134 ff. ergeben als außerdem nothwendige Erfordernisse lediglich nur diese, daß die Deputation gehörig beauftragt sei, und daß keine der beiden Gerichtspersonen, welche ein Testament aufnehmen sollen, in dem mündlich errichteten Testamente selbst zu Erben eingesetzt worden. Also nur bei dem Mangel dieser Erfordernisse könnte nach § 139 a. a. O. eine Nichtigkeit des Testaments entstehen, und die vom Imploranten allegirten §§ 72, 75 daselbst ergeben nichts dem Entgegenstehendes. Der § 72 bestimmt nämlich blos, daß jedes gehörig besetzte Gericht innerhalb seines Gerichtssprengels auch von solchen Personen, welche darunter nicht gehören, letztwillige Verordnungen aufzunehmen berechtigt sei; und § 75 fügt hinzu, daß auch außerhalb dieses Gerichtssprengels von einem Richter dann ein Testament, ohne die § 74 a. a. O. angeordnete Strafe zu verwirken, aufgenommen werden dürfe, wenn der ordentliche Richter des Orts oder Bezirks Intestaterbe des Testators ist, oder dieser ihn zum Testamentserben ernennen will, oder wenn er mit dem Testator in offenbarer Feindschaft lebt, oder wenn sonst zwischen ihm und dem Testator besondere persönliche Verhältnisse bestehen, welche den Letzteren (also den Testator), sich seines Amtes zu bedienen, abhalten.

Wie aus diesen Bestimmungen der vom Imploranten behauptete Grundsatz hergeleitet werden soll, ist nicht abzusehen; das Gesetz stellt vielmehr nur diejenigen Fälle auf, wo ein Richter befugt sein soll, in einem fremden Gerichtsbezirke ein Testament aufzunehmen. Daß aber auch in diesen Fällen der ordentliche Richter, wenn der Testator seines Amts sich zu bedienen kein Bedenken getragen hätte, das Testament gültigerweise nicht habe aufnehmen können, ist durchaus nicht ausgesprochen, und widerlegt sich eine solche Annahme vielmehr durch die Erwägung, daß unter diesen einander gleichgestellten Fällen derjenige mit aufgeführt wird, wo der Testator den Richter seines Bezirks zum Testamentserben ernennen will, während dies nach § 133 a. a. O. in einem versiegelt übergebenen Testamente ganz gültig geschehen konnte, auch wenn das Testament von dem zum Erben eingesetzten Richter angenommen wurde. Die Fassung des § 75 ergiebt ferner, wie das Gesetz nur den Umstand, daß der ordentliche Richter Intestaterbe des Testators war, als einen solchen angesehen hat, der den fremden Richter berechtigen solle, das Testament im fremden Sprengel aufzunehmen; keineswegs aber ein blos Verwandtschafts- oder Schwägerschafts-Verhältniß. Ja, es ist selbst für jenen Fall nicht ein Verbot in Beziehung auf den ordentlichen Richter ausgesprochen, ein Testament von einem solchen Testator an- oder aufzunehmen; vielmehr durfte nach § 134 Letzteres nur dann nicht geschehen, wenn der Richter zugleich zum Erben eingesetzt werden sollte.

Das bloße verwandtschaftliche Verhältniß des Richters und Testators hat das Gesetz daher mit Rücksicht auf die Natur des Rechtsgeschäfts nur insofern als beachtenswerth angenommen, als daraus solche persönliche Verhältnisse entstehen können,

---

bekräftigt. Darin sollte nach §§ 133—135 h. t. nichts geändert werden; die Frage nach der Gültigkeit eines Testaments, in dem Angehörige des Richters eingesetzt, ist gar nicht zur Sprache gekommen, GesRev. Pens. 16 Mot. S. 120; Born., Syst. Bd. 6 S. 52.

Bezüglich der allgem. Qualifikation des Protokollführers vgl. Anm. 31, 32 zu I 12 Rehbein u. R. ALR. und über seine Qualifikation für den Fall das für den Richter Gesagte.

Außer dem Richter und Protokollführer verlangt das ALR. die Mitwirkung von Dolmetschern und Protokollführer, wenn der Richter, oder einer von beiden der Sprache des Erblassers nicht mächtig, §§ 124 ff. Diese Bestimmungen, welche durch Anh. § 422 zu §§ 37 ff. II 2 AGO. und das Ges. v. 11. Mai 1843 (GS. S. 183) betr. die Verhandlungen mit Wenden, ferner das Ges. v. 26. Jan. 1857 (GS. S. 64) betr. die Dekl. des Anh. §§ 75, 87, 422 AGO. (I 10 §§ 19, 214; II 2 § 37) über den Verzicht auf Uebersetzung oder Nebenprotokoll, AKO. v. 5. Mai 1839 (JMBl. S. 178); V. v. 16. Juni 1834 § IX (GS. S. 75) ergänzt waren, sind jetzt durch das Ges. v. 28. Aug. 1876 (GS. S. 389) betr. die Geschäftssprache der Behörden rc. beseitigt. Ueber die Dolmetscherqualifikation vgl. § 8 das. und die Dolmetscherordnung v. 9. Nov. 1880 (JMBl. S. 252). Nach § 131 gilt

die es einem Testator wünschenswerth machen, sein Testament nicht von diesem Richter aufgenommen zu sehen, und unter dieser Voraussetzung auch einen fremden Richter berechtigen, das Testament an dem Wohnorte des Testators aufzunehmen, ohne die Gebühren dafür dem ordentlichen Richter abliefern und resp. Strafe erlegen zu müssen. Das Reskr. v. 23. Dez. 1823 (Jahrb. Bd. 22 S. 190), auf welches Implorant zur Unterstützung seiner Ansicht sich berufen hat, und worin es ausgesprochen wird, daß die Vorschrift des § 13 III 3 AGO. in Verbindung mit Tit. 8 § 5 ihrem Zwecke gemäß auf alle Gegenstände der gerichtlichen Verwaltung zur Anwendung gebracht werden müsse, bezieht sich nur auf einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich auf die Bestätigung eines Kaufkontrakts, bei welcher ein naher Verwandter der Kontrahenten mitgewirkt hatte. Das Reskr. v. 8. Mai 1815 (Jahrb. Bd. 5 S. 3) aber erklärt die Frage: ob die oben allegirten Vorschriften auch auf Testaments-Aufnahmen zu beziehen seien, nur für zweifelhaft und hält es für rathsam, in solchen Fällen Maßregeln zu treffen, um Einwendungen gegen die Gültigkeit eines solchen Testaments vorzubeugen. Daß die Frage nicht außer Zweifel ist, mag zugegeben werden; die nähere Prüfung führt aber nach dem Obigen zu dem Resultat: daß in dem bloßen Verwandtschafts-Verhältniß des Richters mit dem Testator für sich allein ein gesetzlicher Grund der Ungültigkeit des Testaments nicht gefunden werden kann. Es ist auch fast nicht denkbar, daß, wenn eine andere Ansicht vorgewaltet hätte und die in der AGO. § 143 I 2 aufgestellte Vorschrift auch bei Testamenten für maßgebend mit der Wirkung angenommen werden sollen, daß ihre Nichtbeobachtung eine Ungültigkeit des Testaments nach sich ziehe, das Gesetz dies unter den so sorgfältig und speziell aufgeführten Gründen der Ungültigkeit nicht mit erwähnt haben sollte; und jedenfalls ist der Richter nicht berechtigt, aus einem vom Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochenen Grunde ein übrigens mit allen Erfordernissen versehenes Testament für ungültig zu erklären. Es schreibt zwar der § 120 ALR. I 12 vor: Wer in den eigenen Privatangelegenheiten des Richters wegen naher Verwandtschaft oder persönlicher Verbindung mit selbigem ein Zeugniß für ihn abzulegen nach den Gesetzen unfähig ist, den darf der Richter bei einem von ihm auf- oder abgenommenen Testamente als Zeugen nicht zuziehen, und man könnte vielleicht schließen, daß, wenn der Richter Zeugen, die mit ihm in solchen Verhältnissen stehen, bei der Verhandlung nicht zuziehen dürfe, er ebensowenig befugt sei, den gerichtlichen Akt selbst mit einem Testator aufzunehmen, mit welchem er sich in solchen Verhältnissen befindet. Allein eines Theils ergiebt schon das oben Angeführte, sowie die dem § 120 a. a. O. unmittelbar vorhergehende Vorschrift (wonach auch der zum Erben Eingesetzte oder ein Legatar als Zeuge bei dem Testamente nicht zugezogen werden darf, während doch der mit einem Vermächtnisse bedachte Richter die Verhandlung vornehmen kann), daß ein solcher Schluß sich nicht durchgreifend rechtfertigt. Andern Theils würde, wenn er gezogen werden könnte, doch immer nur folgen, daß der Richter nur dann das Testament nicht auf- oder annehmen dürfe, wenn er in einem solchen Verhältnisse zu dem Testator stehe, das diesen unfähig machte, ein Zeugniß für ihn abzulegen. Zu solchen unzulässigen Zeugen gehören

---

von Dolmetschern, was in §§ 117—120 h. t. von den Zeugen bestimmt. Außerdem kommen die §§ 135, 136 in Betracht.

Die Zuziehung von Zeugen ordnet das Gesetz an in den §§ 115, 116, 137 h. t. für den Fall, daß der Testator nicht unterschreiben oder nicht einmal ein Handzeichen beifügen kann. Ueber ihre allgemeine und die Qualifikation für den Fall bestehn Kontroversen, namentlich weil es an den in § 117 anscheinend im Auge gehabten allgem. Bestimmungen über die Eigenschaften eines gültigen Instrumentszeugen im ALR. und der AGO. fehlte. Beim Mangel solcher hat das ObTr. mit gutem Grunde den § 117 außer Acht gelassen und die Unfähigkeit nach § 118 aus § 227 I 10 AGO. bemessen, daß jetzt an Stelle des § 227 die Bestimmungen der CPO. anzuwenden, dafür fehlt der gesetzliche Grund, § 34 Nr. 5 StGB. ersetzt den § 227 Nr. 7; § 227 Nr. 6 wirkt nach § 34 Nr. 5; § 161 StGB. auch jetzt. Daß die Vorschriften der Notar.-O. v. 11. Juli 1845 (GS. S. 487) §§ 7—9 über die Notariatzeugen ebenso unanwendbar wie der § 63 III 7 AGO. kann nicht zweifelhaft sein. Darauf beruhen im Wesentlichen die Erk. b. u. c. Von dem Erk. b., wonach der Zeuge nicht dadurch unfähig wird, daß er mehr als seinen Namen nicht schreiben kann (daß er wenigstens

aber nach § 228 Nr. 5 I 10 AGO. zwar Schwäger und Schwägerinnen, nicht aber diejenigen, die in einem weiteren Grade der Schwägerschaft mit der betreffenden Partei stehen. Also auch unter dieser Voraussetzung würde der vom Imploranten behauptete Rechtssatz um so mehr als nicht begründet sich darstellen, als es immer an einer ausdrücklichen Bestimmung: „daß der in solchem Verhältnisse zum Testator stehende Richter das Testament nicht aufnehmen dürfe, fehlt, und daher auch die Behauptung, daß der § 139 I 12 verletzt, sich widerlegen.

Gründe: b. Es steht fest, daß die beiden zugezogenen Unterschriftszeugen, der deutschen Sprache und Schrift unkundig, außer ihrem Namen nichts weiter schreiben und nicht lesen können. Der App.-Richter erachtet sie deshalb für unfähige Zeugen, weil der § 117 I 12 ALR. verordne, daß die zuzuziehenden Testaments-Zeugen überhaupt die Eigenschaften gültiger Instruments-Zeugen besitzen müßten, dazu aber nach § 63 III 7 AGO. gehöre, daß sie lesens- und schreibenskundig seien.

Es muß zunächst allerdings anerkannt werden, daß die Requisite der im § 117 a. a. O. genannten Instruments-Zeugen in den Gesetzen nirgends speziell und ausdrücklich vorgeschrieben sind; Instruments-Zeugen sind aber nichts anderes, als eben Beweiszeugen, von denen, wie der folgende § 118 a. a. O. ergiebt, gefordert wird, daß ihnen keiner derjenigen Mängel entgegenstehe, wegen welcher Jemand zur Ablegung eines Zeugnisses überhaupt nach Vorschrift der Proz.-O. unfähig ist. Diese Mängel sind diejenigen, welche der § 227 I 10 AGO. aufführt, und zu denen keineswegs die vollständige Lesens- und Schreibenskunde des Zeugen gehört. Hieraus ergiebt sich, daß derjenige Unterschriftszeuge kein Unfähiger ist, der nur seinen Namen schreiben kann. Das Gesetz verlangt, daß der Zeuge bei dem Vermerk über das Handzeichen des schreibensunfähigen Testators seinen Namen schreibe, kann dies der Zeuge, hat er dies gethan und durch die Niederschreibung seines Namens das, was er sonst mündlich zu bekunden haben würde, schriftlich bezeugt, daß nämlich der Testator die Handzeichen statt seiner Unterschrift beigefügt habe, so ist er unter Voraussetzung der sonst bei ihm vorhandenen, in den §§ 118—122 a. a. O. aufgeführten Erfordernisse unzweifelhaft ein gültiger Testaments-Zeuge, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob er noch mehr lesen und schreiben kann.

Der § 63 III 7 AGO., auf den sich der zweite Richter hauptsächlich bei seiner Entscheidung bezieht, kann nicht in Betracht kommen. Abgesehen von dem schon vom Vorderrichter allegirten Präj. ObTr. 22 S. 133 so wie davon, daß der § 63 ebenfalls die Requisite gültiger Instruments-Zeugen nicht vollständig und bestimmt angiebt, so heißt es darin: die Notariats-Zeugen sollten: 1) die in den Gesetzen vorgeschriebenen Requisite gültiger Instruments-Zeugen haben, 2) lesen und schreiben können, 3) vornämlich aber dem Notar als Leute von unbescholtnem Rufe bekannt sein, 4) in Königlichen Landen angesessen sein und daselbst ein Amt bekleiden, oder Handlung oder sonst ein. ähnliches Gewerbe treiben. Diese Vorschrift bezieht sich auf den Fall, daß der instrumentirende Notar statt der prinzipaliter vorgeschriebenen Adhibition eines zweiten Notars zwei Zeugen bei der Vollziehung des Instruments

---

diesen schreiben können muß, ergiebt sich aus seiner Aufgabe), weicht StrA. 19 S. 292 direkt ab, wo unter Bezug auf AGO. II 2 § 46; III 7 § 63 angenommen, daß die Zeugen des Lesens und Schreibens kundig sein müssen. Daß für die Fähigkeit des Zeugen für den Fall die §§ 228, 230, 233 I 10 AGO. nicht maßgebend, folgt aus § 121 h. t. Dies ist auch in StrA. 19 S. 292 anerkannt und im Erk. c. ebenso wie in dem angezogenen Erk. ObTr. 17 S. 192 (Präj. 2083) u. 22 S. 133 ausgeführt. Das Verhältniß des Zeugen zum Erben, Legatar, Erblasser ist danach gleichgültig, der Vormund des eingesetzten Erben ebenso gültiger Zeuge wie sein Vater. In ObTr. 22 S. 133 hatte der Richter seinen eigenen minderjährigen Kutscher als Zeugen zugezogen. Die darauf unter Bezug auf §§ 7—9 Notar.-O. gestützte Klage, welche Ungültigkeitserklärung des Testaments verlangte, ist in allen Instanzen abgewiesen, weil das NotGes. v. 11. Juli 1845 überhaupt unanwendbar, nach §§ 117 ff. es nur darauf ankomme, ob der Zeuge überhaupt **unfähig** zur Ablegung eines Zeugnisses, § 118, oder **mit dem Richter** in einem solchen Verhältniß steht, das ihn zur Ablegung eines Zeugnisses für ihn unfähig macht, d. h. als Beweiszeuge nicht gelten läßt, § 228 I 10 AGO., was nach § 233 Nr. 5 I 10 AGO. für den Dienstboten des Richters nicht zutrifft. Vgl. § 230

zuzieht. In diesem Falle sollen diese beiden Zeugen die Erfordernisse gültiger Instruments-Zeugen besitzen, sie sollen aber noch außerdem lesen und schreiben können. Diese letzte Bestimmung rechtfertigt sich allein aus dem Umstande, daß eben die beiden Zeugen den zweiten Notar ersetzen sollen, und es ergiebt sich hieraus in Betreff der zu beobachtenden Förmlichkeiten der Unterschied zwischen einem Notariats-Instrument und einer von einem Richter mit Zuziehung eines Protokollführers aufgenommenen, gerichtlichen Verhandlung, so wie die Nichtanwendung des § 63 auf die letztere.

Daß auch das Gesetz zu den wesentlichen Requisiten eines Instruments-Zeugen nicht die Eigenschaft, daß dieser auch lesen und schreiben könne, rechnet, geht daraus hervor, daß der § 63 a. a. O. gerade hier, wo es sich um die Ersetzung des zweiten Notars handelt, sagt: „Instruments-Zeugen ꝛc. und lesen und schreiben können" ꝛc.; es wäre sonst offenbar überflüssig gewesen, die anderen oben bemerkten Requisite noch aufzuzählen.

Gründe: c. 1. Wie schon in ObTr. 17 S. 192 ausgeführt worden, verlangt das Gesetz in § 117 keineswegs, daß der Testamentszeuge ein nach den Vorschriften der Prozeß-O. vollkommen glaubwürdiger Beweiszeuge sein müsse, es zieht namentlich das Verhältniß des Testamentszeugen zu dem Testator oder Erben dabei nicht in Betracht. Insofern überhaupt das Verhältniß zu Dritten von Bedeutung ist, enthalten §§ 119, 120 ganz selbstständige und bestimmte Vorschriften. Es soll danach derjenige, welcher in einem Testamente oder Kodizille selbst zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht ist, als Zeuge nicht gebraucht werden können, und ebenso hindert Verwandtschaft oder persönliche Verbindung mit dem Richter die Zuziehung als Zeuge. In dem § 121 ist auch sehr bestimmt angedeutet, daß das Verwandtschaftsverhältniß des Zeugen zu dem eingesetzten Erben, Legatar oder Testator der Zuziehung als Schreibzeuge nicht entgegensteht. Auf die Vorschrift der Prozeß-O. verweist der § 118. Es bezieht sich das unzweideutig nur auf diejenigen Personen, welche im § 227 I 10 AGO. aufgeführt sind und als Zeugen überhaupt gar nicht vernommen werden können. Nach alle Dem beschränken sich die in den §§ aufgestellten Erfordernisse gültiger Testamentszeugen darauf, daß sie nicht ganz unfähig zur Ablegung eines jeden Zeugnisses nach § 227 I 10 AGO. sein müssen, daß sie im Testamente nicht bedacht sind, und daß sie zu dem das Testament aufnehmenden Richter nicht in einem Verhältnisse stehen, welches sie verhindern würde, für ihn ein Zeugniß abzulegen. Freilich handelt es sich in dem durch jenes Präj. entschiedenen früheren Falle um die Frage, ob der Vormund des im Testamente eingesetzten Erben gültiger Testamentszeuge sein könne, indeß beschränkt sich die ganz allgemeine Ausführung nicht allein auf dieses Verhältniß. Es geht das ganz unzweideutig aus der weiteren Bemerkung hervor: Den Grund der Unglaubwürdigkeit findet der App.-Richter lediglich in dem Verhältnisse des Zeugen zum eingesetzten Erben und würde daher mit dem nämlichen Rechte auch dessen Vater oder leiblichen Bruder als Zeugen nicht zulassen, während

---

Nr. 13 das. Wesentlich ist danach, daß der Zeuge nicht überhaupt zeugnißunfähig oder doch nicht unzulässiger Beweiszeuge für den Richter. Dazu tritt nach §§ 119, 135, 136, 137, daß der Zeuge in dem Testament nicht bedacht sein darf. Ist der Zeuge zum Erben eingesetzt, so fehlt nach § 135 h. t. dem Testament die gültige Unterschrift. Ist der Zeuge mit einem Vermächtniß bedacht, so würde nach § 136 der Testator dies durch einen eigenhändig unterschriebenen Vermerk bestätigen, und da er nicht unterschreiben kann, der Vermerk durch zwei glaubwürdige Zeugen geschrieben werden müssen, § 137. Daß der Testamentszeuge nicht Zeuge für diesen Vermerk sein kann, da er Zeuge für sich selbst sein würde, leuchtet von selbst ein; für diesen Vermerk müssen also zwei andere Zeugen fungiren. Ohne dies ist der Vermerk bedeutungslos, das Vermächtniß hinfällig, § 138. Der § 119 muß mit den §§ 134 ff. in Verbindung gebracht werden. Daß dies die Bedeutung des § 119, ist aus Erk. c. im Wesentlichen zu entnehmen. Daß der Dolmetscher nicht fungiren kann, wenn er als Erbe eingesetzt, ergiebt sich aus § 135. Wird er mit Vermächtniß bedacht, so sorgt § 136 durch die eigenhändige Nebenschrift des Testators in seiner Sprache für die Richtigkeit des Willens; im Falle § 137 wird der Dolmetscher freilich als solcher für den Vermerk der Zeugen, die der Sprache des Testators nicht mächtig, nicht fungiren dürfen.

doch das Gesetz ganz ausdrücklich ein solches Verhältniß, obwohl es im Civilprozesse die Verwandten solcher Art als gültige Beweiszeugen ausschließen würde, in dieser Beziehung gar nicht berücksichtigt wissen will.

Ebenso ist in ObTr. 22 S. 133 angenommen, daß das lediglich das Verfahren bei Aufnahme notarieller Verhandlungen ordnende Ges. v. 11. Juli 1845 auf das Verfahren bei Aufnahme gerichtlicher Testamente gar nicht anwendbar ist, Letzteres vielmehr lediglich den Bestimmungen des ALR. I 12 unterliegt. Von diesen wiederholt angenommenen Grundsätzen hier abzugehen, liegt keinerlei Veranlassung vor. Die von Gruchot, Beitr. Bd. I S. 105 entwickelte entgegengesetzte Ansicht beruht auf der Annahme einer Lücke in den §§ 117 ff., welche aus der Notariats-O. ergänzt werden müsse. Wie gezeigt und vom ersten Richter schon näher entwickelt, ist eine solche Lücke bei richtiger Auslegung nicht vorhanden und die außerdem von den Klägern in Bezug genommene Bemerkung von Koch in ALR. Note 16 zu § 117 ist nicht näher begründet.

2. Der App.-Richter hat den zweiten Angriff gegen die Gültigkeit des Testaments zurückgewiesen, weil nach §§ 136, 138 die Zuziehung des mit Legaten bedachten Schreibzeugen nicht das Testament, sondern nur die darin dem Zeugen ausgesetzten Vermächtnisse unkräftig mache. Allerdings ist im § 119 ganz allgemein vorgeschrieben: Wer selbst in einem Testamente oder Kodizille zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtnisse darin bedacht worden, der kann bei diesem Testamente oder Kodizille als Zeuge nicht gebraucht werden.

Indeß läßt die Fassung dieses § ganz wohl auch die Auslegung zu, daß der in einem Testamente eingesetzte Erbe nicht als Zeuge benutzt werden kann und ebensowenig der in einem selbstständigen Kodizille mit einem Vermächtnisse bedachte Legatar, so daß es danach ganz zulässig sein würde, bei Aufnahme eines Testaments den in einem besonderen selbstständigen Kodizille bedachten Legatar, und umgekehrt bei Aufnahme eines selbstständigen Kodizills den in einem besonderen Testamente eingesetzten Erben als Schreibzeugen zuzuziehen. Es kann aber ganz dahin gestellt bleiben, inwiefern diese Auffassung des Sinnes des § 119 dadurch sich rechtfertigen möchte, daß das Wort weder als respective gedeutet wird; denn es ist in dem § 119 nicht bestimmt, welche Folge eintreten soll, wenn jener Bestimmung zuwider gehandelt worden. In den §§ 66—137 sind eine große Anzahl von Vorschriften enthalten, über die bei Auf- und Annahme von letztwilligen Verordnungen zu beobachtenden Förmlichkeiten; daß von deren Innehaltung die Gültigkeit des Testaments oder Kodizills abhängig sein soll, ist aber erst im § 139 vorgeschrieben, hier jedoch mit der Beschränkung, sofern nicht bei der einen oder anderen Vorschrift die Ausnahme sogleich beigefügt worden. Eine solche Ausnahme findet sich nun aber gerade im § 138 bezüglich der mit einem Vermächtnisse bedachten, bei der Aufnahme eines mündlichen Testaments mitwirkenden Personen, indem ganz ausdrücklich und unzweideutig vorgeschrieben ist: Sind diese Vorschriften (§§ 136, 137) verabsäumt worden, so ist zwar nicht das ganze Testament, wohl aber das Vermächtniß unkräftig.

Es fragt sich nur, ob Schreibzeugen zu den im § 136 bezeichneten, „außer dem

---

[1] In dem im Erk. c. angezogenen Falle Präj. 2329; ObTr. 21 S. 357 (StrA. 4 S. 163) handelte es sich um die Auslegung des Begriffs der mitwirkenden Personen im § 136 h. t. Dem Rechtsanwalt, der dem Testator seit Jahren als Konsulent beigestanden, den Testamentsentwurf gemacht, den Antrag auf Abordnung der Deputation angebracht, der Deputation in der Wohnung des Testators den Entwurf übergeben, und bei dem Abschreiben dieses Entwurfs in das gerichtl. Protokoll zugegen gewesen war, hatte der Testator in dem Testament ein Legat ausgesetzt. Die Klage auf Ungültigkeit des Legats ist vom ObTr. gegen beide Instanzen zugelassen, welche unter mitwirkenden Personen in § 136 wie in § 135 nur Richter, Protokollführer, Zeugen verstanden hatten, d. h. die nothwendig (oder amtlich) mitwirkenden. Das ObTr. verweist dagegen darauf, daß auch Dolmetscher zu den nothwendigen Personen gehören müssen, daß § 119 in Bezug auf Zeugen, die deshalb im § 136 nicht mitverstanden zu sein schienen, eine besondere Vorschrift enthalte, daß der Dolmetscher unmöglich den Willen des in fremder Sprache redenden Testators gültig dahin verkünden dürfe, daß ihm selber ein Vermächtniß ausgesetzt (vgl. §§ 136, 137 und oben), daß in § 82 Abschn. 3 Tit. 9 Abth. II Thl. II des Entw. z. AGesB. (S. 368) lediglich Vorsichtsmaßregeln bei dem Bedenken der

Richter bei der Handlung mitwirkenden Personen" zu rechnen sind. In den die Form der Testamente und Kodizille behandelnden §§ 66—136 geschieht sehr verschiedener Personen Erwähnung, welche in irgend einer Weise bei der Testaments-Auf- oder Annahme thätig sind. Nach § 68 soll das Gesuch um Aufnahme des letzten Willens entweder schriftlich, oder durch zwei vom Testator abgeordnete Personen bei dem Richter angebracht werden. Zu einem gehörig besetzten Gerichte gehört nach § 82 ein Richter und ein Protokollführer; die Stelle des letzteren kann durch zwei vereidete Schöppen ersetzt werden, § 83. Der § 88 erwähnt des Vorgesetzten des Gerichts. Nach § 93 können Dorfgerichte, bestehend aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen, unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers, Testamente gültig aufnehmen; Letzterer kann durch einen Justiz-Kommissarius oder Notar, oder den Prediger ersetzt werden. § 115 erwähnt dann der Schreibzeugen, und § 125 der Dolmetscher, welche zuzuziehen sind, sobald der Testator das Protokoll nicht unterschreiben kann, oder der Sprache der Gerichtspersonen nicht mächtig ist. Im Allgemeinen wird von allen diesen Personen und außerdem auch von den Personen, welche geeigneten Falls nach § 142 h. t. und § 23 II 2 AGO. zur Feststellung der Identität des Testators zugezogen werden müssen, unbedingt anzuerkennen sein, daß sie bei der Handlung, d. h. der Testaments-Auf- oder Annahme mitwirken; sie sind in der einen oder anderen Weise thätig, das Zustandekommen eines gültigen Testaments resp. Kodizills herbeizuführen; die Art und Weise ihrer Thätigkeit ist in dem § 136 nicht unterschieden; es wird dort nur ganz generell ohne Ausnahme des Richters und der übrigen bei der Handlung mitwirkenden Personen gedacht, so daß darunter ebenso die Personen gehören würden, welche den Richter nur von der Absicht des Testators unterrichten, ein Testament machen zu wollen, als die Dolmetscher, durch welche der der Sprache des Testators gar nicht mächtige Richter überhaupt erst den letzten Willen desselben zu ermitteln im Stande ist.

Ein Bedenken könnte nur daraus entnommen werden, daß es im § 119 allgemein heißt, als Zeuge könne der nicht gebraucht werden, der zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht worden, so daß danach allerdings die Zeugen von den übrigen bei der Handlung mitwirkenden Personen ausgenommen sein würden.

Implorantin bezieht sich dann auch auf eine Bemerkung in ObTr. 21 S. 357, woselbst jenes Bedenken für begründet erklärt sein soll. Es will indeß nicht einleuchten, weshalb ein Vermächtniß an einen Testamentszeugen gerade das ganze Testament ungültig machen sollte, während dasselbe bei Kräften bleibt und nur das Vermächtniß fortfällt, wenn letzteres ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten an eine der anderen bei der Testamentsaufnahme mitwirkenden Personen zugewendet ist, welche nicht minder wichtige Funktionen versehen. In jenem § 119 ist augenscheinlich blos eine dem Gesetzgeber nicht fremde Anweisung für den Richter zu finden, bei Zuziehung der Testamentszeugen mit besonderer Vorsicht zu Werke zu gehen und zur Vermeidung späterer Bedenken Legatare dazu nicht zu verwenden. Die Umstände, unter denen dieses dennoch geschehen kann, und die Folgen sind dann erst später in den §§ 134 ff. enthalten. Dem steht auch die allegirte Entsch. ObTr. 21 S. 357 nicht entgegen. Damals lag die jetzt zu entscheidende Frage überhaupt gar

---

Gerichtspersonen getroffen, die §§ 134—136 aber weiter gehende Anordnungen enthielten, nach denen anzunehmen, daß in § 136 jede Mitwirkung gemeint, wobei im konkreten Falle zu ermessen ob solche in wesentlichem oder unwesentlichem Maße vorliege. Eine solche wesentliche Mitwirkung wurde angenommen, weil der Rechtsanwalt in seiner amtlichen Eigenschaft nach § 38 III 7 AGO. als Bevollmächtigter des Testators vor und bei der Verhandlung gehandelt, und berechtigt gewesen wäre, im Protokoll als Mithandelnder genannt zu werden. Die Schwäche der Begründung zeigt sich schon darin, daß es an jedem gesetzlichen Anhalt für die Grenzlinie zwischen wesentl. u. unwesentl. Mitwirkung fehlt. Das Gesetz kennt keine Mitwirkung des Rechtsanwalts bei Abnahme oder Aufnahme des Testaments. Auch aus der Entstehung der §§ 134 ff. ergiebt sich keinerlei Anhalt für die Auffassung des Erkenntnisses, das denn auch keinerlei Billigung gefunden hat. Auch aus dem Erk. c. ist mindestens eine Billigung nicht zu entnehmen. Daß in § 136 ein anderer Kreis von Personen gemeint, als in § 135 ist aus der Verbindung beider und dem Gegensatz zwischen Erbeinsetzung im § 135 und Vermächtniß im § 136 nicht zu entnehmen, aus beiden folgt vielmehr das Gegentheil.

nicht vor; es handelte sich damals darum, ob zu jenen, im § 136 erwähnten, Personen auch ein Rechtsanwalt zu rechnen sei, welcher den vom Richter bei der Testamentsaufnahme benutzten Testamentsentwurf verfaßt, die Gerichts-Deputation herbeigeholt, auch die Testamentszeugen beschafft hatte. Im Widerspruche mit dem App.-Richter, welcher damals die Frage verneint hatte, weil zu jenen Personen nur solche zu rechnen, welche nothwendig bei der Testamentsaufnahme mitwirken müssen, hatte das Ober-Tribunal das Gegentheil angenommen und bei dieser Gelegenheit denn auch nur bemerkt: „Danach — nämlich dem Inhalte des § 119 — scheint doch § 136 auf die Testamentszeugen nicht anwendbar zu sein, ebensowenig wird man ihn auf die obenerwähnten Dolmetscher beziehen dürfen, welche mit den Erfordernissen gültiger Testamentszeugen versehen sein sollen, §§ 117—120." Es ist damit nur der nach § 119 allerdings nicht unbegründete Zweifel angeregt, eine weitere Erörterung oder Entscheidung aber nicht getroffen. Die Bestimmung des § 136 findet somit auch auf die Schreibzeugen Anwendung.

Nr. 227a. §§ 66 ff., 82 ff., 100—103, 104—112, 113, 114, 115 ff., 123, 124 ff., 133 ff., 139—140; Anh. § 33; §§ 141—160; AGO. II 4. Testamente und Kodizille. Form. Gerichtliche Form. Die wesentlichen Förmlichkeiten des Akts. *)

a. Erk. v. 7. Okt. 1867; ObTr. 59 S. 96 (StrA. 68 S. 226).
b. Erk. v. 16. Mai 1836; ObTr. 1 S. 81.
c. Erk. v. 13. Juni 1845; ObTr. 11 S. 263.

Im Falle a. hatten die Eheleute R. ein von einem Dritten geschriebenes, von beiden unterschriebenes wechselseitiges Testament verschlossen zu gerichtlichem Protokoll übergeben, welches die Schwester der zuerst verstorbenen Ehefrau gegen den Wittwer als ungültig mit der Behauptung anfocht, dass ihre Schwester nur ihren Namen nothdürftig, sonst aber nichts habe schreiben und nicht lesen können, weshalb sie nach § 113 h. t. nur mündlich zu gerichtlichem Protokoll habe testiren können. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. hatte der Erblasser den Parteien einen versiegelten Aufsatz mit dem Vermerke auf dem Kouvert, dass darin sein Testament, zum gerichtlichen Protokoll als sein Testament übergeben. Nachher fand sich, dass die Unterschrift unter dem Aufsatz fehlte. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen auf Annullirung des Testaments erkannt. — Im Falle c. hatte der Erblasser der Parteien kurz vor seinem Tode die in den Gründen näher angegebene letztwillige Disposition zum gerichtl. Protokoll erklärt und weil er sie nicht für ein Testament hielt, Ausfertigung derselben erbeten und erhalten. Aus diesem Grunde und weil die als Testament anzusehende Disposition nicht gemäss §§ 105—112 h. t. ad depos. genommen, sondern unversiegelt bei den Akten geblieben, fochten die Kläger ihre Gültigkeit an. Das ObTr. hat die Anfechtung gegen beide Instanzen verworfen.

Gründe: a Der App.-Richter widerlegt den ersten und hauptsächlichsten Grund der angeblichen Nichtigkeit des Testaments, daß die Ehefrau R. nur ihren Namen nothdürftig habe schreiben, sonst aber Geschriebenes nicht habe lesen können und daher zufolge des § 113 I 12 ALR. und § 72 Anh. AGO. gültigerweise nur mündlich

---

*) Vgl. die Litteratur unt. Nr. 227, insbesondere Dernburg §§ 110—112; Förster (Eccius) 4 § 249 III. — Die §§ 100 ff. statuiren für das gerichtliche Testament (Kodizill)

zu Protokoll hätte testiren können, in einer zweifachen Weise. Zuerst bestreitet er die Richtigkeit dieser rechtlichen Folgerung. Denn nach den §§ 100, 101 I 12 ALR. bedürfe es zur Gültigkeit eines gerichtlich übergebenen Testaments nur der Unterschrift des Testators; ob derselbe sonst noch schreiben oder Geschriebenes lesen könne, darauf komme es, wenn sonst die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachtet worden, nicht an. Der Anh. § 72 AGO., wonach Personen, die blos ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch lesen können, den im § 68 Anh. gedachten Personen, die nicht schreiben und Geschriebenes lesen können, gleich geachtet werden sollen, finde nur auf Prozeßverhandlungen, nicht aber auf letztwillige Verordnungen Anwendung. Hiernach erachtet also der vorige Richter den § 113 I 12, nach welchem des Lesens und Schreibens unerfahrene Personen nur mündlich zum Protokoll testiren können, auch unter der behaupteten thatsächlichen Voraussetzung nicht für anwendbar. Erwägt man, daß die §§ 100, 101 I 12 zur Gültigkeit eines versiegelt dem Gerichte übergebenen letzten Willens nur erfordern, daß ein dergleichen Aufsatz von dem Disponirenden selbst eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sein muß, über welches nothwendige Erforderniß der Richter den Testator nach den §§ 102, 103 auch nur zu vernehmen hat, daß dagegen der § 113 im Gegensatz hiervon Personen voraussetzt, welche des Lesens und Schreibens unerfahren, blind, an den Händen gelähmt oder deren beraubt sind, mithin solche Personen, welche eben deshalb nicht im Stande sind, durch ihre Unterschrift des letzten Willens nach §§ 100, 101 gültiger Weise zu disponiren, und daß, wie dies bereits dem Grundsatze nach, wenn auch in Beziehung auf die im § 115 I 12 vorgeschriebene Zuziehung von Zeugen für das Handzeichen, in dem vom vorigen Richter allegirten Urtel des ObTr. v. 4. Okt. 1854 ausgesprochen ist, der Anh. § 72 AGO. nur auf prozessualische Verhandlungen zu beziehen ist, in Bezug auf letztwillige Verordnungen dagegen blos die speziellen, für sie gegebenen Vorschriften maßgebend sein können, so erscheint die rechtliche Ansicht des vorigen Richters auch wohl begründet.

Die Rüge der Implorantin, daß der vorige Richter die §§ 100, 101, 113, 114, 139 I 12 ALR., die §§ 68, 72 Anh. AGO. und den dahin formulirten Rechtsgrundsatz: Eine Person, welche blos ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben, noch lesen kann, ist im Sinne der §§ 113, 114 I 12 ALR. des Lesens und Schreibens unerfahren und kann nur in der in diesen Gesetzen vorgeschriebenen Form testiren, —

---

drei Formen, die der mündlichen Errichtung zum gerichtl. Protokolle und die der Uebergabe des fertigen und unterschriebenen Testaments zum Protokoll, offen oder verschlossen. Obligatorisch ist die mündliche Errichtung in den Fällen der §§ 17, 113 h. t. Das Erk. a. versteht unter den Analfabeten im Sinne § 113 h. t. etwas Anderes, als was nach Nr. 93, Bd. 1 S. 398 in § 172 I 5 darunter zu verstehen. Die Bedenken gegen die Beweisführung und das Ergebniß des Erk. liegen nahe. Genügt die Unterschrift des Testators unter einer Schrift, die er nicht lesen kann, so muß gegen § 124 h. t. auch die Unterschrift unter einer in ihm unbekannten Sprache geschriebenen Schrift ausreichen. Beides steht sich inhaltlich gleich. Welche Garantie die Unterschrift z. B. eines Tauben, der nicht lesen kann, unter der Schrift gewähren soll, ist nicht abzusehen, und doch würde dieser Fall nach dem Erk. a. zu behandeln sein, da weder aus § 26 noch aus § 123 h. t. die Verpflichtung für solchen Tauben zum gerichtlichen Protokoll zu testiren, an sich folgt, wenn nicht § 113 hinzugenommen wird. Das Erk. hat denn auch überall Widerspruch erfahren. Unbedenklich ist dagegen StrA. 15 S. 59, wonach es im Falle des § 115 nicht nach Anh. § 72 zu § 19 I 10 AGO. noch der Zuziehung eines Unterschriftsbeistandes bedarf. Vgl. AKO. v. 20. Juni 1816 (GS. S. 203).

Die Förmlichkeiten des Akts bei den einzelnen Formen sind theils in den §§ 66—138 h. t. theils in AGO. II 4 enthalten. Nach § 139 h. t. sollten die in den §§ 66—138 enthaltenen Vorschriften über die Form so wesentlich sein, daß ihre Nichtbeobachtung die Nichtigkeit zur Folge hatte, wo nicht ausdrücklich Ausnahmen zugelassen, wie in §§ 70, 73, 138 h. t. Die §§ 141 ff. sind, wie § 158 ergiebt, nur instruktioneller Natur. Mangelnde Notiz über die Feststellung der Dispositionsfähigkeit, Identität, §§ 142, 146, hat deshalb nie Ungültigkeit zur Folge, ObTr. 17 S. 224, 228. Durch den Anh. § 33 zu § 139 ist die schon vorher unsichere Frage, wie weit die Vorschrift des § 139 reicht, noch unsicherer geworden und eine Reihe von Controversen hervorgerufen und mit ihr eine reiche Praxis, die sich bemüht hat,

verletzt habe, welche sich lediglich darauf stützt, daß eine solche Person kein Mittel habe, sich Gewißheit darüber zu verschaffen, daß das von ihr unterschriebene Testament wirklich Dasjenige enthalte, was sie disponirt habe, kann jenen gesetzlichen Vorschriften und Erwägungen gegenüber, um dieser auch thatsächlich nicht einmal gegründeten Besorgniß willen, für nicht gerechtfertigt erachtet werden.

Gründe: b. Nach ALR. I 12 § 101 soll der zum Testamente bestimmte Aufsatz vom Testator eigenhändig geschrieben, oder wenigstens von ihm unterschrieben sein.

Der App.-Richter versteht diese Vorschrift in der Art, daß durch dieselbe eine zwiefache Form schriftlicher Testamente zugelassen sein soll, die erste der vom Testator selbst geschriebenen, die andere der nur unterzeichneten.

Diese Ansicht wird im angegriffenen Urtheil durch folgende Gründe motivirt: Es sei nicht vorgeschrieben, daß bei der ersteren Art der Testamente auch noch die Unterschrift hinzutreten müsse. Wäre dies die Absicht des Gesetzes gewesen, so hätte dasselbe dahin lauten müssen: ein solcher Aufsatz muß vom Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben, oder wenigstens unterschrieben sein; — oder es hätte auch, viel kürzer, nur das einzige wesentliche Requisit, daß der Aufsatz vom Testator zu unterschreiben sei, ausgedrückt werden dürfen. Es sei ebenso unzulässig, jenen Zusatz „und unterschrieben" in den § einzuschalten, als anzunehmen, daß das Gesetz etwas ganz Ueberflüssiges, die eigenhändige Niederschreibung des Testaments nämlich, wenn es schon an der Unterschrift desselben genügte, verordnet haben werde. Der Ausdruck „wenigstens" deute nur an, daß eine bloße Unterschrift immer weniger Mühe und Arbeit verursache, als die Abfassung des Inhalts einer Schrift.

Sodann deduzirt das Ob.-Landesgericht auch noch aus anderen Vorschriften, selbst des röm. Rechts*), die Entbehrlichkeit der Unterschrift eines holographischen Testaments.

Diese Argumentation hat jedoch zunächst die Worte des Gesetzes wider sich. Sie würde in dieser Beziehung nur richtig sein, wenn im § 101 bestimmt wäre, daß der versiegelte Aufsatz vom Testator geschrieben oder unterschrieben sein müsse. Es heißt aber dort, daß er geschrieben oder wenigstens unterschrieben sein müsse, und eben

*) l. 21 pr. C. 6, 23; l. 28 § 1 C. eod.

das Wesentliche von dem Unwesentlichen in den Formvorschriften zu scheiden. In dem Erk. c. ist bereits darauf hingewiesen, daß schon im § 139 das Wort „Form" nicht außer Acht zu lassen und deshalb eine Reihe von Vorschriften, die mit dieser Form nichts zu thun hatten, auszuscheiden. Die positive Formel für die Prüfung, welche das Erk. aufstellt und welche in späteren Erk. wiederkehrt, genügt nicht, weil sie immer fraglich läßt, was denn zur vorschriftsmäßigen Abfassung 2c. gehört, wenn die Identität zweifellos und eine Aufbewahrung anzunehmen. Sicher ist nach Anh. § 33 nur, daß jedenfalls nicht schadet: Mangel des Gerichtssiegels, Mangel in dem Vermerk über die Uebergabe, Mangel bei der Aufbewahrung, falls solche nur überhaupt eingetreten, und daß alles dies für mündlich errichtete Testamente ebenso gilt wie für übergebene. Dies Erk. c. ist indessen die Grundlage für die Praxis geworden, welche sich durch den aus dem Anh. § 33 entnommenen Grundsatz hat leiten lassen, daß die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen nicht von Förmlichkeiten abhängen soll, deren Versäumung die Gewißheit des letzten Willens nicht erschüttern kann. Sicher ist, daß für alle Fälle wesentlich, daß diejenigen Urkundspersonen mitgewirkt, welche gesetzlich mitzuwirken haben, und daß die Qualifikation derselben nicht mangelhaft. Nr. 227. Unbedenklich ist auch nach Erk. b., daß die Unterschrift des Testators unter dem schriftlichen oder dem mündlich errichteten Testament nie fehlen darf; dasselbe wird auch von dem s. g. Annahmeprotokoll, §§ 103, 110, zu gelten haben. Ist die Unterschrift da, aber undeutlich, so ist konkret zu prüfen, ob die unleserliche Schrift als Unterschrift gelten kann, StrA. 58 S. 296. Vgl. unter Nr. 82, Bd. 1 S. 327. Wo die Unterschrift fehlt, muß sie in der durch die §§ 115, 116 vorgeschriebenen Art unter Zuziehung zweier Zeugen ergänzt werden. In ObTr. 15 S. 180 hatten Eheleute ein wechselseitiges, als Erbvertr. aufzufassendes Testament gerichtlich errichtet, in welchem u. A. der Ehefrau der Nießbrauch an einem Grundstück und ein Wohnungsrecht in demselben ausgesetzt war. Da das Grundstück demnächst verkauft, wurde das Test. durch einen gerichtlichen Akt später dahin abgeändert, daß der Mann der Frau statt des Nießbrauchs

weil nicht angenommen werden darf, daß das Gesetz etwas völlig Ueberflüssiges festsetze, so darf das Wort „wenigstens" nicht übersehen werden. Sollte damit nur angedeutet sein, daß das bloße Unterzeichnen eines Aufsatzes leichter sei, als die eigene Abfassung des letzteren, so wäre dies in der That eine höchst entbehrliche, ja ungehörige Bemerkung.

Dagegen wird dieses „wenigstens" in seiner ganz eigentlichen wörtlichen Bedeutung angewendet, wenn man den § 101 so versteht, daß die Unterschrift des Testators unter seinem letzten Willen jedenfalls erforderlich, daß sie das Wenigste sei, was er dabei zu thun habe, und diese Auslegung verdient daher, nach § 65 I 4 ALR., den Vorzug.

Allerdings hätte dieses Gesetz kürzer so lauten können: „daß der Aufsatz vom Testator eigenhändig unterschrieben sein müsse;" allein es läßt sich sehr wohl erklären, warum die Abfassung des Testaments dem Testator zugemuthet, und doch nur dessen Unterzeichnung für wesentlich nothwendig erachtet worden. Das Gesetz will augenscheinlich die erstere befördern, wohl um Streitigkeiten über die Echtheit der Testamente vorzubeugen, die um so leichter entstehen können, wenn nichts weiter als eine Namensunterschrift die Theilnahme des Testirenden an der Abfassung seines letzten Willens zu erkennen giebt. Der § 101 enthält daher wirklich nichts Ueberflüssiges, nach der Absicht des Gesetzes.

Diese Gründe werden durch die Betrachtung unterstützt, daß eine schriftliche Willenserklärung so lange, als sie von dem Erklärenden nicht unterschrieben worden, auch noch unvollständig, oder eigentlich, daß sie als bestimmter Ausdruck seines Willens noch gar nicht vorhanden ist. In dem angefochtenen Erk. ist dies nicht gehörig erwogen worden, wenn darin ausgesprochen wird, es folge aus dem Begriffe einer Urkunde, als eines sinnlich wahrnehmbaren Erkennungszeichens, nicht die absolute Nothwendigkeit ihrer Unterschrift. Denn es kann hier nicht von dem Werthe einer Urkunde in dieser allgemeinsten Beziehung auf Beweisfähigkeit die Rede sein, sondern es handelt sich um die Erfordernisse einer gültigen, rechtsverbindlichen Willenserklärung. In dieser Hinsicht aber fehlt es an aller Gewißheit darüber, daß der Verfasser einer solchen Erklärung dieselbe ernstlich gemeint habe, so lange er sie nicht unterschrieben. Sie kann vielmehr nur als ein Entwurf gelten. Da nun Gewißheit des Willens eine wesentliche Bedingung der

---

und des Wohnungsrechts eine lebenslängliche Rente aussetze, was die Ehefrau acceptirte. Sie focht diesen Akt nach dem Tode des Mannes an, weil ihr Handzeichen unter dem Akt nur durch einen Zeugen beglaubigt. Dies ist in 2. u. 3. Instanz verworfen, weil in dem Akt nur der Mann, nicht auch die Frau letztwillig disponirt, § 115 (§§ 617, 618 h. t.) aber nur für den anwendbar, der so disponire, für die Annahmeerklärung nach §§ 172, 177. Anh. § 5 I 5 ein Zeuge genügt.

Bezüglich der Art und Form der Zuziehung der Unterschriftszeugen und der Konstatirung ihrer Funktion sind zahlreiche Streitfragen entstanden. In dieser Beziehung ist zunächst auf das unt. Nr. 93, Bd. 1 S. 398 ff. Bemerkte zu verweisen und hier nur noch zu registriren: Die Zeugen müssen nach § 115 Männer sein. Daß diese ihre Eigenschaft im Protokoll ausdrücklich bezeugt, ist selbstverständlich nicht erforderlich, wenn es nur sonst aus der Bezeichnung (z. B. auch nur als Zeuge, nicht Zeugin), oder dem Namen erhellt, ObTr. 61 S. 73 (StrA. 74 S. 305). Nach § 122 müssen die Zeugen gegenwärtig sein, wenn der Testator das Handzeichen macht, oder, wenn auch ein Handzeichen nicht gemacht, bei seiner Erklärung, daß ihm das Protokoll vorgelesen und er es genehmige. Dies ist zweifellos wesentlich, Präj. 491. Aber es braucht nicht ausdrücklich gesagt zu sein, daß sie gegenwärtig, wenn es nur sonst erhellt, ObTr. 61 S. 73 (StrA. 74 S. 305). Wo Zeugen wegen Schreibensunkunde nach dem Protokoll zugezogen, braucht nicht noch erklärt zu werden, weshalb auch die Handzeichen fehlen. Wo die Unterschrift und das Handzeichen fehlt und Zeugen zugezogen, ist ohne Weiteres zu folgern, daß der Testator zur Unterschrift außer Stande und dies erklärt hat. Daß der Testator erklärt, er sei unfähig, Handzeichen zu machen, ist nach § 139 nicht erforderlich, ObTr. 59 S. 486 (StrA. 70 S. 301); StrA. 82 S. 194. Das in § 115 erforderte „Bezeugen" erscheint genügend in der auch in § 116 nur erforderten Unterschrift der Zeugen; daß sie ein Zeugniß niederschreiben, oder den Namen des Testators oder sonst irgend etwas schreiben, ist nicht nöthig; ihre bloße Unterschrift reicht aus. Vgl. PlPräj. 2626

Rechtsgültigkeit aller und jeder Willenserklärungen ist, ALR. I 4 §§ 52, 57, so läßt sich auch nicht annehmen, daß das Gesetz in Bezug auf Testamente minder strenge in dieser Forderung habe sein wollen, und dies um so weniger, als nach § 115 I 12 sogar solche Personen, die des Schreibens unkundig sind, unter das gerichtlich aufgenommene Testament irgend ein Handzeichen setzen müssen.

Eine Bestätigung dieser Ansicht findet sich übrigens in der Vorschrift des § 108 I 12, welche für den im § 107 gedachten Fall, daß der Testator dem Gerichte eine letztwillige Disposition offen übergeben hat, und über seine Absicht hierbei vernommen worden ist, weiter verordnet:

„Will der Testator, daß ein solcher Aufsatz als ein schriftliches Testament gelten solle, so darf der Richter blos nachsehen, ob derselbe vom Testator unterschrieben sei? und er muß, wenn dieses nicht ist, die Unterschrift fördersamst bewerkstelligen lassen."

Nicht richtig ist es, wenn der App.-Richter die Anwendung dieses Gesetzes durch die Bemerkung ausschließen will, daß es nur von mündlich zu Protokoll erklärten Testamenten rede; denn der § 108 steht zwar in dem Abschn. des Titels, welcher von mündlich aufgenommenen Testamenten handelt, er enthält jedoch eben Vorschriften für den Fall, daß es nicht zur Niederschreibung einer mündlich erklärten Verfügung kommt, indem der Testator dem Gerichte einen Aufsatz übergiebt, der als sein schriftliches Testament gelten soll. Ist nun die Unterschrift eines solchen Aufsatzes nothwendig, und hat die Verletzung dieser Form, nach § 139, die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, so läßt sich in der That kein Grund absehen, warum bei den schon versiegelt übergebenen Testamenten etwas Anderes gelten soll, da das vorhergehende Versiegeln doch keine größere Sicherheit vor einem Irrthum gewähren kann, als die der Uebergabe nachfolgende Verschließung.

Die Vorschrift des § 108 erscheint demnach lediglich als eine Anwendung der in den §§ 101 u. 102 gegebenen, und sie dient daher allerdings zur Erläuterung der letzteren. Aus allen diesen Gründen kann der wahre Sinn der landrechtlichen Dispositionen nicht zweifelhaft erscheinen, und man muß eben deshalb annehmen, daß der Gesetzgeber in dieser Materie von dem röm. R. habe abweichen wollen, weshalb es denn auch unzulässig ist, auf die Vorschriften des letzteren zurückzugehen.

ObTr. 30 S. 393 (StrA. 17 S. 168) unt. Nr. 93; ObTr. 33 S. 338 (StrA. 21 S. 232); ObTr. 61 S. 73 (StrA. 74 S. 305).

In gleicher Weise ist, wenn ein Dolmetscher zugezogen, nicht noch die ausdrückliche Erklärung erforderlich, daß der Testator der Gerichtssprache nicht mächtig und wenn die beiden Gerichtspersonen, weil sie der Sprache mächtig, das Protokoll ohne Dolmetscher aufgenommen, bedarf es ihrer Versicherung im Protokoll nicht, daß sie der Sprache mächtig, wenn dies im Bestreitungsfall nur nachträglich festgestellt, §§ 32, 126, 129 StrA. 9 S. 90.

Für die mündliche Errichtung zum Protokoll schreibt § 104 die Beobachtung der Vorschriften über Protokolle, die Unterzeichnung durch den Testator und demnächst die Einsiegelung des Protokolls in Gegenwart des Testators und die Ueberschreibung des Couverts vor. Nach AGO. II 4, § 3 soll dann noch eine Registratur zu den Akten über das Geschehene hinzukommen. Hier ist kaum bedenklich, daß mindestens nach Anh. § 33 der Gültigkeit nicht schadet, wenn Versiegelung und Ueberschreibung nicht in Gegenwart des Testators geschehen, oder die Versiegelung und Ueberschreibung ganz unterblieben. Letzteres folgt schon aus dem Erk. c. und ist auch in StrA. 6 S. 201, wo auch die in § 3 II 4 AGO. vorgeschriebene Registratur fehlte, angenommen. Noch mehr ist ersteres gerechtfertigt und auch angenommen in ObTr. 59 S. 96, 101 (StrA. 68 S. 226) und in ObTr. 66 S. 53 (StrA. 82 S. 354), ebenso für den Fall der §§ 103, 110 in ObTr. 49 S. 136. In ObTr. 66 S. 53 ist darauf hingewiesen, daß der Fall, der zu der Entscheidung der Ges.-Komm. v. 13. Febr. 1798 u. dem Reskr. v. 26. Febr. 1798, aus welchem der Anh. § 33 entnommen, Anlaß gegeben, gerade der des § 103 h. t. gewesen und daß das Reskr. sich allgemein dahin ausspreche, daß es nur auf Beobachtung der Erfordernisse eines vollkommen glaubwürdigen und vollständigen Protokolls ankomme, aus Unterlassungen keine Nullität folgen solle, welche niemals zu irgend einem Zweifel über die Gewißheit des Willens auch nur scheinbaren Anlaß geben. Daß dies nicht blos im Falle der §§ 103, 110, sondern noch mehr da gilt,

Gründe: c. Der App.-Richter findet in der letztwilligen Disposition ein Testament. Dies ist jedoch unrichtig. Der Inhalt derselben ergiebt vielmehr deutlich, daß sie auch nach dem Willen des Erblassers ein Testament nicht sein sollte, sondern, wie derselbe selbst ausdrücklich am Schlusse erklärte, im Wesentlichen nur bezweckte, die Administration seines Nachlasses zu reguliren. Insbesondere enthält die Verordnung nicht das wesentliche Kriterium eines Testaments, nämlich die Erbeseinsetzung; vielmehr spricht der Erblasser ganz deutlich aus, daß die Intestaterbfolge Platz greifen solle, und überläßt es namentlich seiner Wittwe, ob sie ihn ex statuto beerben wolle oder nicht, überläßt ihr daher auch nichts von seinem Nachlasse, sondern ordnet nur an, daß sie die uneingeschränkte Administration und Disposition über letztere auf Lebenszeit, sowie die uneingeschränkte Vormundschaft über die minorennen Kinder haben solle. Er ordnet ferner eine vorläufige Vertheilung des Nachlasses an, bestimmt, daß jedes Kind drei Monat nach seinem Tode 300 Rthlr. ausgezahlt erhalte, und der älteste Sohn von den zu seinem Etablissement bereits empfangenen 1000 Rthlr. 700 Rthlr. zur Abfindung seiner Geschwister herauszahlen solle. Hiernach dürfte sich mit Rücksicht auf die Bestimmungen der § 682 II 18, §§ 190, 445 I 13 ALR., sowie nach §§ 383—385 und § 380a II 2 noch keineswegs eine unbedingte Ungültigkeit dieser Disposition selbst dann behaupten lassen, wenn sie auch als Kodizill oder Testament an wesentlichen Förmlichkeiten leiden sollte. Ob und in wiefern ersteres jedoch der Fall sein möchte, ist nicht nöthig zu untersuchen, da die Verordnung allerdings auch als Kodizill oder Testament für formell gültig angesehen werden muß, indem sie a) zum gerichtlichen Protokolle, § 66 I 12: b) vor gehörig besetztem Gerichte erklärt, § 82 ib.; c. in der Sprache des Testators aufgenommen, und von ihm gehörig unterschrieben, § 105 ib., sowie von den beiden Gerichtspersonen vollzogen ist. Nun bestimmt zwar § 105 I 12: Das Protokoll muß der Testator mit unterzeichnen. Der Richter aber muß dasselbe in seiner Gegenwart mit dem Gerichtssiegel versiegeln und überschreiben; und § 112 setzt hinzu: Jedes gerichtlich aufgenommene oder übergebene Testament und Kodizill muß mehrerer Sicherheit wegen in dem Deposito des Gerichts aufbewahrt und dem Testator ein Rekognitionsschein über die erfolgte Niederlegung ausgefertigt werden. Der § 139 verordnet sodann: Die vorstehend §§ 66—138 bestimmte Form eines Testaments ist, wo nicht bei einer oder der anderen Vorschrift die Ausnahme sogleich beigefügt worden, zur

---

wo das Testament mündlich zum Protokoll errichtet und die Identität nicht zweifelhaft, ist unbedenklich.

Für das Protokoll bestimmen das Wesentliche die §§ 42 ff. II 2, §§ 50—65 I 25 AGO. Daß es der Eigenschaft des Testamentsprotokolls nicht schadet, wenn es ursprünglich zur Aufnahme eines andern Rechtsgeschäfts bestimmt oder mit einem solchen verbunden, ist im ObTr. 17 S. 192 angenommen. Da in §§ 66 ff. nicht vorgeschrieben, wer das Protokoll zu schreiben hat, ist daraus, daß der Richter es gegen § 44 II 2 AGO. selbst oder nicht selbst geschrieben, keine Nichtigkeit herzuleiten, ObTr. 13 S. 197; StrA. 52 S. 133, auch daraus nicht, daß es nicht in die Feder diktirt, sondern z. B. nach einem Entwurf abgeschrieben, ObTr. 21 S. 357, 360. In StrA. 6 S. 201 ist sogar der Beweis gegen ein von beiden Gerichtspersonen vollzogenes Protokoll, daß es nicht diktirt, für unzulässig erklärt. (Vgl. jetzt § 380 CPO.) Auch wer das Protokoll vorliest, ist nicht wesentlich. So ist namentlich in § 114 so wenig wie in §§ 103, 105, 109 offenbar nicht wörtlich zu nehmen, daß der Richter die Funktion ausübt, nur gemeint, daß er das Vorgeschriebene veranlaßt hat, einsiegeln, schreiben, vorlesen läßt, ObTr. 27 S. 329 (StrA. 11 S. 275). Bedenklicher ist der Satz des Präj. 1779 ObTr. 13 S. 197, daß die fortwährende Anwesenheit der Urkundspersonen bei der Verhandlung nicht, sondern nur wesentlich, daß sie bei Vorlesen, Genehmigen und Vollziehung zugegen. In dem entschiedenen Falle handelte es sich allerdings um eine zeitweilige Abwesenheit, aber auch um Abwesenheit bei Beginn der Verhandlung.

In § 114 ist unbedenklich nicht vorgeschrieben, daß der Aufsatz von dem Testator oder den Zeugen unterschrieben wird, ObTr. 27 S. 329 (StrA. 11 S. 275).

Für die Uebergabe des schriftlich fertigen, vom Testator unterschriebenen Testaments zum Protokoll ist in § 102 vorgeschrieben, daß der Richter den Testator vernehmen soll, ob er den verschlossenen Aufsatz unterschrieben, in § 108, daß der Richter sich überzeugen soll, ob der Aufsatz unterschrieben. Daß es nichts ausmacht, wenn dies unterblieben, sobald nur der Aufsatz

Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments oder Kodizills dergestalt nothwendig, daß, wenn sie verabsäumt worden, der letzte Wille nicht bestehen kann.

Aus diesen Vorschriften will der App.-Richter entnehmen, daß ein nicht ad depositum genommenes, wenn auch sonst gehörig zu Protokoll erklärtes, aber, wie im vorliegenden Falle bei den Akten behaltenes und vor dem Tode des Testators ausgefertigtes Testament oder Kodizill ganz ungültig sei. Dies ist jedoch nicht richtig. Zunächst schon ergiebt sich aus der Bestimmung des § 139, daß nicht jede in den §§ 66—138 enthaltene Festsetzung als eine solche anzusehen ist, deren Nichtbefolgung die Ungültigkeit des Testaments oder Kodizills nach sich ziehen soll, sondern daß nur die die Form des Testaments, also die Errichtung desselben betreffenden Vorschriften darunter gemeint sind. Denn nicht nur beschränkt sich der § 139 ausdrücklich auf die Form des Testaments, sondern eine Vergleichung der in den allegirten §§ 66—138 enthaltenen einzelnen Bestimmungen gewährt die Ueberzeugung, daß nicht sämmtliche, als zur Form des Testaments gehörend, von dem Gesetzgeber angesehen worden sein können, wenn gleich sie in jenen §§ mit enthalten sind. Namentlich würde es z. B. gewiß Niemandem einfallen, ein übrigens vollkommen formgerecht aufgenommenes und aufbewahrtes Testament um deshalb für ungültig zu achten, weil versäumt worden, einen Rekognitionsschein über dessen erfolgte Deposition auszufertigen. Dennoch aber enthält der oben angeführte § 112, aus dem der App.-Richter die Nothwendigkeit einer Deposition herleitet, zugleich ausdrücklich die Bestimmung, daß ein Rekognitionsschein ausgefertigt werden müsse; und eine buchstäbliche Anwendung des Gesetzes würde daher dahin führen, die Ausfertigung des Rekognitionsscheines für ebenso nothwendig zu erachten, wie die Deposition selbst.

Nun könnte zwar allerdings ganz füglich die Ansicht aufgestellt werden, daß, wenn gleich nur die die Form des Testaments selbst betreffenden Vorschriften im § 139 in Bezug genommen worden, doch die Vorschrift, daß die Testamente ad depositum geliefert werden müssen, von dem Gesetzgeber als eine auch zur Form gehörige angesehen worden, und demgemäß zur Gültigkeit des Testaments nothwendig sei. Allein diese Ansicht rechtfertigt sich bei näherer Prüfung durchaus nicht. Zunächst nämlich spricht der § 112 selbst ausdrücklich aus, daß die Niederlegung des Testaments im Depositorio nur „der mehreren Sicherheit wegen" geschehen solle; auch erfolgt z. B. beim Kammergerichte nach der im § 12 II 5 AGO. noch

---

wirklich unterschrieben, leuchtet von selbst ein, da es sich nur um eine Vorsichtsmaßregel handelt, die fortfällt, wenn sie sich als überflüssig erweist. Daß die Beobachtung des § 102 unwesentlich, wenn die Unterschrift vorhanden, ist in ObTr. 17 S. 224, 228, 229 ausgesprochen. Das verschlossene Testament soll nach § 103 überschrieben werden; wird es in ein besonderes Couvert gethan und der Vermerk auf dieses Couvert gesetzt, so kann dies nach Anh. § 33, die Ungültigkeit nicht zur Folge haben, StrA. 60 S. 20, 33. In beiden Fällen, wenn das Testament verschlossen und wenn es unverschlossen übergeben, §§ 103, 107, 108, gehört die Aufnahme eines gehörigen Protokolls über die Uebergabe zu den wesentlichen Erfordernissen des Akts, wenn auch das Protokoll nicht wie in § 114 Theil des Testaments. Aber es ist nicht bedenklich, daß es unerheblich, wenn dies Protokoll mit dem Testament zusammen eingesiegelt, oder auf das Testament gesetzt wird, da dadurch die Gewißheit der Identität nur bestärkt werden kann, ObTr. 49 S. 136.

Für wesentlich ist dagegen erachtet, daß die im § 109 vorgeschriebene Erklärung auf den offen übergebenen Aufsatz gesetzt wird, ObTr. 19 S. 159. Vgl. dagegen JMReskr. v. 25. Juni 1802. Neues Archiv Bd. 3 S. 3. Die auf das Testament zu setzende Erklärung soll durch die Aufnahme der Erklärung in das Annahmeprotokoll nicht ersetzt werden können. In dem entschiedenen Falle war der Testator mit dem offenen in einem offenen Couvert befindlichen Testament erschienen, hatte erklärt, daß in dem Couvert sein Testament, welches er selbst unterschrieben, hatte dann das Couvert mit seinem Siegel geschlossen, das Couvert war mit dem Gerichtssiegel verschlossen, von dem Testator selbst der Vermerk auf demselben, daß darin sein Testament, geschrieben und alles dies zum Annahmeprotokoll vermerkt worden. Gleichwohl ist das Testament wegen des Fehlens des Vermerks in § 109 für ungültig erklärt. Ob hier in der That Zweifel über die Gewißheit und Identität entstehen konnten, kann wohl in Frage gezogen werden.

besonders bestätigten Einrichtung, die Aufbewahrung der Testamente und Kodizille gar nicht im Depositorio, sondern im Archive, woraus sich gleichfalls entnehmen läßt, daß die Art der Aufbewahrung im Deposito nicht als eine, die unerläßliche Form der letztwilligen Verordnungen betreffende angesehen worden sein kann, als wesentlich vielmehr nur die gerichtliche Aufbewahrung, oder aber die Gewißheit gehört, daß von dem Augenblicke der geschehenen vorschriftsmäßigen Errichtung ab die letztwillige Disposition in gerichtlicher Gewahrsam bis zum Tode des Erblassers geblieben ist*.) Könnte dies aber auch nach den obigen Bestimmungen des ALR. zweifelhaft scheinen, so werden doch diese Zweifel durch den Inhalt des Anh. § 33 ALR. beseitigt.

In diesem ist ganz klar ausgesprochen, daß zur Gültigkeit eines Testaments oder Kodizills nur gehöre: a) die vorschriftsmäßige Aufnahme, Abfassung, Schließung und Unterschrift des gerichtlichen Protokolls; b) bei gerichtlicher Uebergabe auch die Unzweifelhaftigkeit der Identität des übergebenen Aufsatzes; c) gerichtliche Aufbewahrung bis zum Tode des Erblassers; — Mängel aber in allem demjenigen, was nach erfolgter vorschriftsmäßiger Aufnahme des Protokolls über die Errichtung oder Annahme eines Testaments oder Kodizills, den gesetzlichen Anordnungen gemäß von dem Richter größerer Sicherheit wegen noch vorgenommen werden soll, namentlich also Mängel hinsichtlich der Versiegelung, Ueberschreibung und die Art der Aufbewahrung, die Ungültigkeit der letztwilligen Verordnung niemals nach sich ziehen sollen.

Der App.-Richter will zwar dessenungeachtet den § 33 Anh. nicht für anwendbar auf den vorliegenden Fall erachten, indem er ausführt, daß nach diesem Gesetze das übrigens gehörig aufgenommene Testament nur dann aufrecht erhalten werden solle, wenn ein solcher Fehler begangen worden, der die Identität des letzten Willens nicht zweifelhaft mache. Wo sich aber der Richter gänzlich über alle Form hinweggesetzt habe, wo er so sehr das Wesen einer letztwilligen Disposition verkenne, daß er dasselbe gar nicht verschließe, sondern gleich ausfertigen lasse, was doch erst nach

*) Vgl. über die Verwahrung der Testamente jetzt Hinterlegungs-O. §§ 89, 104; Allgem. Verf. v. 9. Juli 1879 (JMBl. S. 173) §§ 20 ff.

In allen Fällen soll nach § 112 das Testament gerichtlich aufbewahrt werden. In dem Erk. c. ist nachgewiesen, wie dies zu verstehen und wie Anh. § 33 in dieser Beziehung gewirkt hat. Unbedenklich bleibt aber auch dennoch, daß das Testament mindestens in den Händen des Richters in dieser Eigenschaft bis zur Publikation geblieben sein muß. Ein einmal zurückgegebenes (anders bei bloßer irrthümlicher Publikation nach § 209 h. t.) Testament verliert nach § 565 h. t. seine Bedeutung und kann dieselbe ohne neue Errichtung nicht wiedererlangen. So StrA. 13 S. 83, wo ein wechselseitiges Testament nach dem Tode der Ehefrau dem Ehemanne zurückgegeben und nachher von ihm mit 2 Kodizillen wieder übergeben war. Durch diese einseitige Uebergabe konnte das wechselseitige Testament nicht die verlorene Gültigkeit erlangen. In ObTr. 19 S. 178 (Präj. 2172) ist aus § 565 h. t. weiter gefolgert, daß wer nur mündlich testiren kann, weil er die Unterschrift nicht leisten kann, nach Rücknahme des förmlich errichteten Testaments nicht durch bloße Rückgabe desselben gemäß § 567 h. t. testiren kann. Vgl. zu § 567 h. t. unt. Nr. 234.

Unbedenklich ist der Satz, daß, wenn über die gebotenen Förmlichkeiten hinaus noch andres Ueberflüssiges geschehn, eine Ungültigkeit daraus nicht hergeleitet werden kann. Ein Beispiel giebt ObTr. 49 S. 136. Hier hatte der Testator, der durch einen Schlaganfall gelähmt, so daß er nicht sprechen, aber mit der linken Hand schreiben konnte, sein bereits schriftlich abgefaßtes und unterschriebenes Testament zu gerichtlichem Protokoll überreicht. Die Frage, ob das Schriftstück sein Testament, war ihm schriftlich vorgelegt, von ihm schriftlich mit Ja beantwortet, ebenso daß er das Testament genehmige, seine Unterschrift anerkenne. Alles dies war in einem Protokoll konstatirt, welches unter das schriftliche Testament selbst gesetzt und mit demselben versiegelt und als gerichtlich aufgenommenes Testament zur gerichtl. Verwahrung gegeben war. Die Instanzen erklärten das Testament für ungültig, weil die Verbindung der Formen der §§ 114, 123 h. t. unzulässig. Das ObTr. hat vernichtet.

Vgl. noch §§ 602—604 unt. Nr. 234.

dem Tode des Testators erfolgen könne, da lasse sich überhaupt der § 33 Anh. nicht anwenden.

Diese Ausführung stellt sich mit Beziehung auf den vorliegenden Fall als ganz ungerechtfertigt dar. Denn, wenn bemerkt wird: das Gericht, vor welchem die letztwillige Disposition errichtet worden, habe sich über alle Form hinweggesetzt, so ist nicht zu ersehen, wie der App.-Richter dies meint, da die Aufnahme der Disposition zum gerichtlichen Protokoll vor gehörig besetztem Gericht erfolgt, das Protokoll vollständig vollzogen, sodann aber gehörig geschlossen ist, indem sich die Unterschriften des aufnehmenden Richters und des zugezogenen vereideten Protokollführers, unter ausdrücklicher Bemerkung dieser Eigenschaften unter dem Protokolle befinden.

Ebensowenig ist abzusehen, aus welchen Umständen der App.-Richter eine Zweifelhaftigkeit der Identität der letztwilligen Verordnung entnehmen will; denn die Originalverhandlung ist nach ihrer Aufnahme zu den damit angelegten besonderen gerichtlichen Testamentsakten genommen und bis zum Tode des Erblassers dort verblieben, ist von den Parteien anerkannt, und von keiner Seite ein Zweifel gegen die Identität, der hier auch nicht füglich entstehen konnte, erhoben; auch sind Rasuren oder irgend Veränderungen in derselben nirgends bemerklich, überhaupt von einer Willensänderung des Erblassers gar keine Spur vorhanden.

Wenn aber der App.-Richter Gewicht darauf legt, daß die fragliche Disposition nicht verschlossen und vor dem Tode des Testators ausgefertigt worden, so ist im § 33 Anh. das Verschließen mit dem Gerichtssiegel ausdrücklich für unwesentlich erklärt, und das andere Bedenken findet in der ebenso klaren Vorschrift des § 209 I 12 seine Erledigung. Nicht minder erklärt der § 431 Anh. AGO. die Ausfertigung eines Erbvertrages zwischen Eheleuten, wenn diese die Geheimhaltung nicht verlangen, für zulässig; und da im hier vorliegenden Falle der Erblasser die Deposition nicht für nöthig erklärt und eine Ausfertigung der Verhandlung beantragt hatte, so bietet um so weniger ein gesetzlicher Grund sich dar, aus welchem eine Ungültigkeit der fraglichen Disposition hergeleitet werden könnte. Auch übersieht der App.-Richter, daß, wenn durch erfolgte Deposition erst ein Testament seine rechtliche volle Gültigkeit nach obigen Gesetzen erhielte, ein ganz förmlich errichtetes Testament, wenn der Testator unmittelbar nach dessen Vollziehung gestorben wäre, ebenfalls ungültig sein müßte, welches sich doch gewiß nicht behaupten läßt. Auch die Gesetzrevisoren (Pens. 16 S. 123) und Bornemann, Civilr. Bd. 6 S. 29–33 sind dieser Ansicht.

Nr. 228. §§ 93—99 (AKO. v. 21. Jan. 1833, 6. Nov. 1834; AGO. II 2 §§ 8, 9), §§ 175, 176, 177 ff. (Ges. v. 8. Juni 1870; RMilGes. v. 2. Mai 1874 § 44), §§ 198—207 (AKO. v. 12. Juli 1831) II 7 §§ 79—86. Testament. Form. Dorfgerichtliche u. privilegirte Testamente. (testm. principi oblatum, ruri, pestis tempore conditum. militare.)*)

a. PlPräj. 1876 v. 14. Juni 1847; ObTr. 15 S. 17.

b. Erk. v. 22. März 1850; ObTr. 19 S. 164.

Im Falle a. hatte der Testator vor dem Dorfgericht testirt, einer der Schöppen das Protokoll nur unterkreuzt. Das Testament wurde deshalb in beiden Instanzen für ungültig erklärt. Das Plenum hat gegen das Urtheil in ObTr. 4 S. 88 den Grundsatz angenommen, dass die fehlende Unterschrift der Schöppen das dorfgerichtliche Testament nicht ungültig macht. — Im Falle b.

*) Vgl. Windscheid 3 § 544; Dernburg 3 §§ 113, 114, 115; Förster (Eccius) 4 § 249 II. — Ueber das testm. par. int. liberos vgl. zu II 2 §§ 379 ff. — Das Besondre

hatte C. zu einer Zeit, wo der Typhus in seinem Wohnort herrschte, er ebenfalls erkrankt und seine Wohnung mit Warnungstafel versehen war, nachdem die erbetene Gerichtsdeputation deshalb ihr Erscheinen abgelehnt, vor dem Doktor und zwei Zeugen seinen letzten Willen erklärt, den diese niedergeschrieben, unterschrieben und ad depos. überreicht. Von den anfechtenden Intestaterben wurde bestritten, dass eine Sperre im Sinne § 199 h. t. vorgelegen. In 2. und 3. Instanz ist die Klage abgewiesen.

Gründe: a. Der § 93 I 12 ALR. bestimmt: „Dorfgerichte, die aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen oder Gerichtsmännern bestehen, können unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers Testamente gültig an- und aufnehmen, wenn dergestalt Gefahr im Verzuge vorhanden ist, daß die Herbeikunft des ordentlichen Gerichtshalters nicht abgewartet werden kann“ — und § 104 a. a. O. setzt fest: „Will der Testator seine Verordnung mündlich zum Protokolle erklären, so muß der Richter alles beobachten, was nach Vorschrift der Prozeßordnung zu einem gerichtlichen Protokolle erfordert wird.“ Auch leidet es keinen Zweifel, daß nach § 45 II 2 AGO. zur Gültigkeit eines gerichtlichen Protokolls die Unterschrift des Richters und des zugezogenen Protokollführers oder statt des Letzteren der Beisitzer erforderlich ist, und nach § 35 Anh. ALR. zu den wesentlichen Erfordernissen eines Testaments die vorschriftsmäßige Abfassung, Schließung und Unterschreibung des über die Errichtung des letzten Willens aufgenommenen Protokolls gehört. Es kann endlich auch zugegeben werden, daß, namentlich mit Berücksichtigung der Bestimmungen der Dekl. v. 10 Juli 1846 (GS. S. 263), die Gültigkeit eines dorfgerichtlichen Testaments von der Gesetzlichkeit der dorfgerichtlichen Verhandlung selbst insofern abhängt, als wenn diese an sich ungültig ist, und der inzwischen erfolgte Tod des Testators die vorgeschriebene gerichtliche Vernehmung des Letzteren nicht mehr zuläßt, durch die von dem Richter nach § 94 I 12 ALR. vorgenommene Vernehmung der Mitglieder des Dorfgerichts selbst, der Mangel nicht würde ersetzt werden können.

Aus allen diesen Voraussetzungen folgt aber noch keineswegs die Richtigkeit der in Betreff der hier streitigen Frage aufgestellten älteren Meinung. Vertreten nämlich gleich die Dorfgerichte in den Fällen, wo sie gesetzlich zur Auf- oder Annahme eines Testaments berechtigt sind, die Stelle des sonst nur dazu befugten Richters, so rechtfertigt dies noch nicht den Schluß, daß deshalb die von den Dorf-

---

der hier behandelten außerordentlichen Testamentsformen besteht in der Erleichterung der Form; mit Ausnahme des Falls in §§ 175, 176 setzen alle einen Nothstand voraus. Bei den dorfgerichtlichen und magistratualischen Test. besteht die Erleichterung darin, daß nicht der ordentliche Richter angegangen zu werden braucht. Bei den dorfgerichtlichen (vgl. die revidirte Instr. v. 11. Mai 1854, JMBl. S. 206) tritt Schulze und zwei Schöppen an Stelle des Richters: Erk. a. Das Gesetz erfordert nur 2 Schöppen, auch wo, wie das auch jetzt noch vorkommen kann, Kreis-O. § 22 Abs. 2, mehr vorhanden, ObTr. 4 S. 80. Von ihnen gilt, was unter Nr. 227 über die Qualifikation des Richters für den Fall gesagt, vgl. StrA. 87 S. 250 das., ebenso von dem Protokollführer, der stets nöthig, §§ 93, 94. Der Satz des PlPräj. Erk. a. bezüglich der allgem. Qualifikation der Schöppen, ist nicht unbedenklich. Vgl. AKO. v. 6. Nov. 1834 (GS. S. 181); Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 69. Unbedenklich ist, daß das aufgenommene Protokoll die Erfordernisse eines solchen haben, d. h. mindestens von dem Schulzen und dem Gerichtsschreiber unterschrieben sein muß, was bezüglich des Schulzen im Erk. a. supponirt und in ObTr. 65 S. 691, wo der Schulze nicht seinen Namen, sondern nur seinen Amtscharakter unter das Protokoll geschrieben, ausdrücklich ausgesprochen. Auch hier wirkt keine Richtigkeit, wenn der Gerichtsschreiber nicht nach §§ 6, 22 II 5 AGO. selbst geschrieben, sondern diktirt hat, da die Kontrolle des Hergangs und seiner richtigen Beurkundung dadurch auch gewahrt, StrA. 52 S. 133, aber die erhöhten Formen bei Schreibensunkundigen, Blinden u. s. w., die Zuziehung von Zeugen, wie sie sonst vorgeschrieben, muß beobachtet werden, ebenso die Zuziehung des Dolmetschers, wo sie bei der gerichtlichen Form nöthig; §§ 115, 124, 139 h. t.; ObTr. 4 S. 80, 88, 86; RG. bei Gruchot 26 S. 974; ObTr. 58 S. 150 (StrA. 68 S. 41). Ebenso ist die Anwesenheit der erforderlichen Personen bei dem ganzen Akt erforderlich.

gerichten aufgenommene Verhandlung unbedingt denselben Erfordernissen unterliege, wie ein wirklich gerichtliches Protokoll. Es ist vielmehr klar, daß so weit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt haben, die dorfgerichtliche Verhandlung gültig sein muß, sobald diejenigen Erfordernisse bei ihr anzutreffen sind, die nach den Gesetzen zu einer dorfgerichtlichen Verhandlung dieser Art nothwendig erscheinen. Nun schreiben die Gesetze nirgends ausdrücklich vor, daß bei einem von Dorfgerichten im Falle des § 93 a. a. O. auf- oder angenommenen Testamente hinsichtlich der Aufnahme der Verhandlung andere Vorschriften Platz greifen sollen, als bei einem Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so weit Dorfgerichte überhaupt gesetzlich solchen vornehmen dürfen; und es scheint daher zunächst ungerechtfertigt, wenn man aus der oben mitgetheilten Vorschrift des § 104 a. a. O., die doch ausdrücklich nur von dem Richter und von einem gerichtlichen Protokolle spricht, folgern will, daß die für letztere bestehenden Vorschriften auch auf dorfgerichtliche Verhandlungen Anwendung finden müßten. Es frägt sich daher nur, ob bei solchen Rechtshandlungen, die von Dorfgerichten gültig vorgenommen werden dürfen, die Unterzeichnung aller bei einem solchen Akte mitwirkender Personen, insbesondere aber die Unterschrift der zugezogenen Gerichtsschöppen als ein nothwendiges Erforderniß anzusehen ist. Dies muß aber verneint werden. Denn einestheils ist nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, daß eine dorfgerichtliche Verhandlung nicht blos von dem Schulzen und Gerichtsschreiber, sondern auch von den Schöppen mit ihrer Namensunterschrift vollzogen werden müsse; noch läßt sich annehmen, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, dies als ein wesentliches Erforderniß aufzustellen. Nach § 51 II 7 ALR. und § 74 ibid. wird nämlich nur zum Schulzenamte eine nothdürftige Kunde des Lesens und Schreibens erfordert, wogegen zu dem Amte eines Schöppen genügt, daß er von unbescholtenem Rufe und untadelhaften Sitten, auch wo möglich ein angesessener Wirth sei. Nach § 82 a. a. O. können Dorfgerichte mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers gerichtliche Handlungen, bei welchen es auf keine Rechtskenntnisse, sondern auf bloße Beglaubigung ankommt, gültig vornehmen, und sollen dergleichen Akte nur, nach § 83 das. zur Beurtheilung der Gesetzmäßigkeit oder nähern Berichtigung, dem ordentlichen Gerichtshalter ohne Zeitverlust vorgelegt werden. Hiernach soll es bei dorfgerichtlichen Verhandlungen hauptsächlich nur auf die Beglaubigung ankommen, daß der Akt so, wie angegeben

---

Nach § 95 h. t. mußte das Dorfgericht das Protokoll dem Richter überreichen. Durch die Dekl. v. 10. Juli 1846 (GS. S. 262) ist dies nicht beseitigt, von der Beobachtung der Einhändigung an den Richter durch eins der Mitglieder des Dorfgerichts in Person aber die Gültigkeit nicht abhängig gemacht; auch die Vernehmung, welche die §§ 95, 96 vorschreiben, ist nicht beseitigt. Die Vernehmung der Dorfgerichte durch den Richter bezweckt die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der aufgenommenen Verhandlung und Berichtigung nach § 83 II 7. Ist bei dem Protokoll etwas versehn, z. B. die Unterschrift unterlassen, so wird dies Versehn durch die bloße Vernehmung nicht geheilt, ObTr. 65 S. 69, 72, 73. Das dorfgerichtliche Protokoll dient zur Beglaubigung des Hergangs mit dem Testator, II 7 § 82, ist aber selbst kein gerichtliches Protokoll, woraus folgt, daß nach § 17 Minderjährige unter 18 Jahren so nicht testiren können, und daß der Beweis der Dispositionsunfähigkeit des Testators hier jedenfalls unbeschränkt zulässig, StrA. 52 S. 133, 136.

In ObTr. 4 S. 80 ist die Frage nach der Verantwortlichkeit der Dorfgerichte für Versehn bei der Aufnahme behandelt §, 140 h. t. In dem Falle war das Testament vor dem Schulzen und 2 Schöppen durch den Pastor aufgenommen, von dem einen anwesend gewesenen Schöppen nicht, dagegen von 2 Schöppen unterschrieben, die nicht anwesend gewesen, auch keine Unterschriftszeugen zugezogen, das Testament auch nicht vom Dorfgericht, sondern vom Ehemann der Testatorin dem Richter überreicht. (Der Fall lag vor der Dekl. v. 10. Juli 1840.) Als die Dorfgerichtspersonen von dem in dem offenbar ungültigen Testament eingesetzten Erben auf Entschädigung belangt wurden, II 10 §§ 88, 89, wies das ObTr. ab, weil die Verantwortlichkeit nach §§ 83, 84 II 7 ausnahmsweise ausdrücklich auf den Fall des Verstoßes gegen § 95 h. t. beschränkt, weil angenommen, daß die Dorfgerichtspersonen die erforderliche Fähigkeit und Bildung zu solchen gerichtlichen Handlungen nicht besitzen, mit der unterlassenen Beobachtung des § 95 aber die Ungültigkeit nicht zusammenhing, solche vielmehr schon vorher vorhanden gewesen war.

worden, vor sich gegangen sei, und es soll solches demnächst noch durch die Uebergabe der Verhandlung an den ordentlichen Gerichtshalter und die dabei abzugebende Erklärung bestätigt werden. Dieser Zweck wird aber auch vollständig erreicht, wenn die Schöppen bei der Vornahme des von dem Gerichtsschreiber niedergeschriebenen, von diesem und dem Schulzen vollzogenen Aktes gegenwärtig gewesen sind, und die Richtigkeit des Hergangs bestätigen. Ihre Unterschrift erscheint daher nicht nothwendig, und hätte, wenn sie als zur wesentlichen Form gehörig hätte betrachtet werden sollen, ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen. Nun wird zwar in der AGO. § 53 I 25 allerdings bestimmt, daß wo Schöppen zu gerichtlichen Verhandlungen dem Richter beigeordnet werden, zu solchen Gerichtsschöppen Einsassen des Dorfes oder Gerichtsbezirks, die bekannte vernünftige Männer von unbescholtenem Rufe und des Lesens und Schreibens kundig sind, gewählt werden müssen; allein diese Vorschrift kann hier nicht herangezogen werden, wo es sich um die Erfordernisse eines dorfgerichtlichen Protokolls handelt, da die §§ 52 ff. a. a. O. nur von den bei gerichtlichen Verhandlungen zuzuziehenden Gerichtsschöppen sprechen, wo die Schöppen den Aktuarius oder vereideten Protokollführer vertreten, und die von ihnen aufgenommenen Protokolle die Glaubwürdigkeit und Beweiskraft gerichtlicher Verhandlungen erhalten sollen. Hinsichtlich der von Dorfgerichten an- oder aufgenommenen Testamente gelten aber besondere Vorschriften; und es hat dies nicht nur nichts Auffallendes, sondern erklärt sich aus dem Zwecke, zu welchem der Gesetzgeber die Aufnahme von Testamenten auch Dorfgerichten gestattet hat. Es soll ein solcher Akt nämlich überhaupt nur dann von Dorfgerichten vorgenommen werden dürfen, wenn dergestalt Gefahr im Verzuge ist, daß die Herbeischaffung des ordentlichen Gerichtshalters nicht mehr erfolgen kann. Es hat also dabei die Absicht vorgewaltet, für solche Nothfälle es Jemanden noch möglich zu machen, einen letzten Willen gültig zu errichten. Diese wohlthätige Absicht würde aber in den meisten Fällen vereitelt werden, wenn man nur solchen Dorfgerichten die Aufnahme des Testaments gestatten wollte, die mit des Schreibens und Lesens kundigen Schöppen versehen wären; namentlich aber dürfte dies nach dem Kulturzustande der Landbewohner zur Zeit der Redaktion des ALR. oft genug der Fall gewesen sein, wo es schwierig gewesen sein möchte, in vielen Dörfern zwei des Lesens und Schreibens kundige Schöppen aufzufinden.

Es läßt sich daher um so weniger denken, daß der Gesetzgeber die Gültigkeit eines dorfgerichtlichen Testaments von der Mitunterschrift eines Schöppen hätte ab-

---

Im Falle des § 99 h. t., der durch die AKO. v. 21. Jan. 1833 u. 6. Nov. 1834 ergänzt, bedarf es der Zuziehung von mindestens 3 Personen, zweier Magistratspersonen und des Stadtsekretärs als Protokollführer, der durch eine andere Person nach § 94 oder ein drittes Magistratsmitglied ersetzt werden kann. So StrA. 15 S. 245, wo das Testament ungültig, weil es nur von zwei Magistratspersonen angenommen war.

Alle diese Bestimmungen gelten übrigens für das mündliche wie das schriftliche übergebene Testament.

Bezüglich der militär. Testamente bestimmt jetzt § 44 des RMilGes. u. das Ges. v. 8. Juni 1860 für den in § 1 Abs. 1 vorgesehenen Fall. Der Satz in ObTr. 68 S. 59, daß für einen im Kriegsfall einberufenen Landwehrmann die Befugniß zum Testiren in der erleichterten militär. Form erst mit dem Eintreffen bei seinem Bataillon beginnt, daß er nicht schon auf dem Wege zum Standquartier so testiren kann, ist nach § 44 unt. 1 des RMilGes. nicht bedenklich. Das quasimilitärische Test. behandeln die §§ 198, 205. An die Stelle der dort angezogenen landrechtl. Vorschriften sind nach § 14 des Ges. v. 8. Juni 1860 die §§ 4—11 des Ges. getreten. Ob diese Bestimmungen wiederum durch § 44 des RMilGes. auch für diese Fälle ersetzt, kann fraglich sein, ist aber nicht von Bedeutung, da die privilegirte Form des § 6 des Ges. mit der des § 44 RMilGes. übereinstimmt. Die blos mündliche Form ohne Niederschrift, die § 192 h. t. kannte und die jetzt beseitigt, war für das quasimilit. Test. schon durch die AKO. v. 8. Okt. 1831 (GS. S. 225) aufgehoben. Ueber den Begriff der Sperre in §§ 199, 202 vgl. Erk. b.

Zu der außerordentl. Form gehört auch das Testament der Gesandten im Auslande nach § 2 des Ges. v. 3. April 1823, nicht das von den Konsuln aufgenommene; § 12 Abs. 2, § 43 Ges. v. 10. Juli 1879, § 8 Ges. v. 29. Juni 1865.

hängig machen wollen, als die Vorschriften über die Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers, dessen Stelle im Nothfalle ein Justizkommissarius oder Notar, oder auch der Prediger nach § 94 I 12 ALR. ersetzen darf, deutlich schließen lassen, daß die Abfassung der Verhandlung diesem hauptsächlich obliegen, von den Schöppen aber nur die Richtigkeit des Hergangs, der Erklärung des Testators und seiner Genehmigung des ihm vorgelesenen Protokolls kontrolirt und bestätigt werden soll, zu welchem Zwecke denn auch die Vernehmung der Dorfgerichte durch den Gerichtshalter im § 95 a. a. O. verordnet worden ist.

Gründe: b. Die Beschwerde der Kläger ist nicht begründet. Denn wenn der § 199 I 12 ALR. das Privilegium der Personen vom Zivilstande, militärisch zu testiren, auf Orte oder Gegenden beschränkt, die wegen ansteckender Krankheiten gesperrt sind, so muß mit dem App.-Richter angenommen werden, daß eine solche Sperrung zu S. zur Zeit des aufgenommenen Testaments stattgefunden habe. Die Sperrung erfordert nämlich keineswegs nothwendig solche Maaßregeln, durch welche der Zugang zu dem mit der ansteckenden Krankheit Befallenen gänzlich unmöglich gemacht wird, als welches ohne Gefahr für den Kranken gar nicht ausführbar sein könnte, und unter welcher Voraussetzung der Zutritt des Arztes oder Predigers und der Zeugen (cf. § 200 I 12 u. AKO. v. 12. Juli 1831 [GS. S. 156]) nicht möglich gemacht werden könnte. Die Sperre tritt vielmehr schon dann ein, wenn zufolge des in der AKO. v. 8. August 1835 (GS. S. 240) gesetzlich sanktionirten Regulativs nach § 18 a. b. die Isolirung des Kranken, oder die Anheftung von Warnungstafeln an der Wohnung des Kranken erfolgt ist, welche letztere Vorkehrung hier zur Zeit des daselbst grassirenden Typhus eingetreten ist. Ist dies der Fall, so kann nach § 203 I 12 ALR. den richterlichen Personen nicht zugemuthet werden, sich zu dem mit der ansteckenden Krankheit Befallenen behufs eines Testaments-Aktes zu begeben; und der Kranke wird insoweit gehindert, sich des richterlichen Amts zu bedienen. Das Personal des Gerichts hat die Aufnahme des Testaments abgelehnt, war hierzu unter den vorwaltenden Umständen nach § 204 befugt; und daß die sonst noch am Orte befindlichen zwei Justiziarien sich diesem Geschäfte würden unterzogen haben, ist nicht zu präsumiren, und läßt sich, da ein wirklicher Antritt derselben nicht geschehen ist, jetzt nicht mehr ermitteln.

Nr. 229. §§ 35, 36—43. Testament. Erbfähigkeit. (testamenti factio passiva.)*)

Erk. v. 29. Nov. 1858; ObTr. 40 S. 78 (StrA. 31 S. 204).

Der Kommerzienrath F. hatte in seinem Testamente sein gesammtes Vermögen nach Abzug von einzelnen Legaten zu einer Stiftung unter seinem Namen bestimmt und die Zwecke der Stiftung (ein Zufluchtshaus, Unterstützungsfonds, Seminar u. s. w.) angegeben, Testamentsexekutoren bez. Kuratoren der Stiftung ernannt, welche den Nachlass in Besitz nehmen und verwalten, auch die Statuten entwerfen sollten. Die Allerhöchste Genehmigung wurde ertheilt und der Stiftung Korporationsrechte verliehen, von dem Erbschaftskäufer des Intestaterben aber die Ungültigkeit der Erbeinsetzung der Stiftung behauptet und gegen die Exekutoren und Kuratoren klagend geltend gemacht und auf Eröffnung der Intestaterbfolge angetragen. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 535, 549, 550; Dernburg 3 §§ 100, 101; Förster (Eccius) 4 § 251 II. — Die Erbfähigkeit, testm. pass., welche die Fähigkeit für Erbsch.

Gründe: Der Implorant stellt die Sätze auf: 1) Nicht existente Stiftungen könnten nicht zu Erben eingesetzt werden. 2) Zur Entstehung jeder Stiftung sei, mit Ausnahme der Familien-Stiftungen, nach preußischem Rechte, die Genehmigung des Landesherrn nothwendig. 3) Dieser Genehmigung sei durch kein Gesetz rückwirkende Kraft eingeräumt. 4) Bevor sie ertheilt worden, seien die eingesetzten Stiftungen weder erb- noch erwerbfähig. Er wirft dem App.-Richter vor, gegen diese Rechtsgrundsätze verstoßen, die von ihm angezogenen Gesetze irrig angewendet und namentlich das Ges. v. 13. Mai 1833 §§ 5, 7, die A. O. v. 23. Mai 1845, die §§ 36—44 I 12, die §§ 32—36, 42 II 19, die §§ 367 ff., 389 ff. I 9 ALR., die l. 107 D. 35, 1 und die l. 22 § 1 D. 36, 1 verletzt zu haben. Außerdem hat er als verletzt auch noch die §§ 14, 67 Einl. ALR. bezeichnet. Diese Angriffe sind jedoch nicht begründet.

A. Daß die im Testament honorirten Stiftungen als die eingesetzten Erben anzusehen seien, nimmt Implorant, übereinstimmend mit dem App.-Richter an. Nur die Gültigkeit dieser Erbeseinsetzung greift er an. Was zuvörderst das gem. R. anlangt, so ist die Frage, ob die in einem Testamente erfolgte Erbeseinsetzung einer pia causa, welche erst in eben diesem Testamente geschaffen werden soll, gültig sei, gemeinrechtlich überaus kontrovers behandelt und bei Gelegenheit des Falles, in welchem der Bürger und Handelsmann St. zu Frankf. a/M. durch sein Testament sein bedeutendes Vermögen zur Grundlage eines in diesem Testamente gestifteten Kunst-Instituts bestimmte und dieses von ihm erst angeordnete Kunst-Institut zu seinem Universalerben einsetzte, auf das Eifrigste erörtert worden. Dieselbe ist indessen in jenem Falle nicht in contradictorio festgestellt worden, da die Parteien sich verglichen hatten. Es kann selbstverständlich die bloße Autorität des vom Imploranten citirten Rechtslehrers Mühlenbruch, so wie der übrigen in Bezug genommenen Schriftsteller diese von ihm verneinte Frage an sich um so weniger entscheiden, als gerade bei Gelegenheit des St.'schen Falles die Gutachten der Juristen-Fakultäten zu Bonn, Heidelberg, Berlin und München, die Beurtheilung von Zachariä in den Heidelb. Jahrb., die Ausführung von Elvers in seiner Schrift: „von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen," so wie auch Puchta, in seinen Pand. §§ 27, 28, 448 das Gegentheil ausgeführt und angenommen haben. Das ObTr. hat sich in seinem Urtel v. 14. Nov. 1854 ObTr. 30 S. 50 für die Bejahung der Frage entschieden und demgemäß das Präj. festgestellt: „daß nach gem. R. die Erbeseinsetzung auch einer erst durch das Testament errichteten milden Stiftung — pia causa — für rechtsbeständig zu erachten sei."

Hiernach muß die vom Imploranten aufgestellte Behauptung, daß, weil das preuß. R. im gem. R. wurzele, schon a priori anzunehmen sei, eine nicht existente Stiftung könne nach preuß. R. nicht zum Erben eingesetzt werden, für ungerechtfertigt angenommen werden. Es kommt aber hierauf auch um deswillen Nichts an, weil die Existenzfrage der in Rede stehenden Stiftungen selbst Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites und namentlich Gegenstand der angegriffenen Theile des zweiten Erk. ist. Ebensowenig würde der Umstand, daß sämmtliche, die hier streitige Frage behandelnden Stellen des ALR. überall die rechtliche und physische Existenz der Stiftungen, von denen sie handeln, voraussetzen, selbst wenn dies unzweifelhaft wäre, den hier vorliegenden Streit von vorne herein entscheiden können. Denn es könnte immerhin anderweit in den Gesetzen dennoch die Erbeseinsetzung solcher Stiftungen ermöglicht sein.

Der App.-Richter soll nun zunächst den § 43 I 12 ALR. und damit auch die §§ 36—42 ebd. verletzt haben, insofern er aus dem § 43 cit. den Schluß ziehe, daß es nach dem ALR. nicht darauf ankomme, ob der als Erbe Honorirte zur

---

und Vermächtnisse umfaßt, § 36, setzt nach § 36 die Fähigkeit, Vermögen zu erwerben, voraus. Nimmt man die §§ 3, 4 h. t. hinzu, nach denen die Erbeinsetzung die Zuwendung an eine oder mehrere Personen voraussetzt, so ergiebt sich, daß erbfähig jede Person ist, die Vermögen erwerben kann, d. h. jede physische oder juristische Person, wie dies aus §§ 37—39 direkt erhellt. Bloße Privatgesellschaften als solche haben nach §§ 11 ff. II 6 keine selbstständige Persönlichkeit, namentlich nicht die Fähigkeit, Kapitalien und Grundstücke zu erwerben, § 13 II 6, sie können deshalb als solche weder als Erben, noch als

Zeit der Erbeseinsetzung Persönlichkeit habe, und daß dieser zur Zeit der Erbeseinsetzung vorhandene Mangel der individuellen Bestimmtheit des Honorirten nach dem ALR. nicht als Mangel der Grundbedingung der Gültigkeit der Testaments erscheine, wenn nur sonst kenntlich gemacht sei, welche individuellen Unterscheidungs-Merkmale demjenigen zur Zeit des Erbanfalles beiwohnen müssen, welcher Erbe sein soll. Implorant giebt zwar zu, daß der § 43 cit. nicht Erbfähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung, sondern nur solche zur Zeit des Erbanfalles verlangt. Er will aber den § 43 lediglich auf physische Personen bezogen und darum seine Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen wissen. Seine Gründe für diese Annahme sind indessen nicht durchgreifend. Jene Beschränkung des § 43 auf physische Personen soll sich zuvörderst aus dem Zusammenhange ergeben. Der Zusammenhang spricht aber vielmehr für das Gegentheil. Aeußerlich ist im § 43 ein Zusammenhang mit den vorhergehenden §§ nicht angedeutet. Ein innerlicher Zusammenhang ist dagegen allerdings insofern vorhanden, als nach § 43 sicherlich auch die in den §§ 41, 42 behandelte Kapazität nach der Zeit des Erbanfalles zu beurtheilen ist. Der § 43 begreift zwar auch die Fälle der §§ 41, 42, wo von physischen Personen die Rede ist, aber er beschränkt sich hierauf nicht. Der § 41 behandelt einen bestimmten Fall der Erwerbsunfähigkeit, Mangel des zum Besitz gewisser Sachen oder Güter erforderlichen Standes; der § 42 verordnet für diesen Fall die Möglichkeit der Heilung; der § 43 aber kehrt einfach wieder zur allgemeinen prinzipiellen Regel zurück, so daß die Annahme, § 43 sei lediglich auf die in den vorhergehenden beiden §§ behandelte „Fähigkeit, vermöge seines Standes etwas zu besitzen oder nicht zu besitzen", zu beschränken, durch Nichts gerechtfertigt erscheint. Ist dies aber richtig, so bietet der Wortlaut des § 43 an sich in keiner Weise Veranlassung dar, ihn mit dem Imploranten nur auf physische Personen zu beschränken. Für diese Beschränkung macht Implorant zwar noch ferner geltend, daß die §§ 37—39 a. a. O. die Ausnahme von § 36 bildeten. Allein auch dies erscheint nicht richtig. Der § 36 verordnet bezüglich der allgemeinen Fähigkeit, aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben, der testamenti factio passiva: Wer im Staate Vermögen zu erwerben fähig und berechtigt ist, dem können auch Erbschaften und Vermächtnisse hinterlassen werden. Von dieser Regel führen die §§ 37—39 nicht Ausnahmen auf, sondern sie weisen nur darauf hin, daß juristische Personen hinsichtlich ihrer Erwerbsfähigkeit mancherlei Beschränkungen unterworfen sind. Die §§ 37—39 erinnern nur an diese sich ohnehin aus den Gesetzen ergebenden Modifikationen der Erwerbsfähigkeit juristischer Personen, wie die in dieser Beziehung erfolgte Verweisung auf die deshalb ergangenen besonderen Vorschriften ergiebt, um einer möglichen zu weit greifenden Ausdehnung des § 36 vorzubeugen. Das ist aber gerade ein sehr deutliches Argument für die Annahme, daß der § 36 allgemein ebensowohl auf juristische, wie auf physische Personen zu beziehen ist. Die Fähigkeit, für deren Beurtheilung der § 43 eine bestimmte Zeit vorschreibt, muß offenbar ebensowohl bei juristischen wie bei physischen Personen verlangt werden. Wollte man diesen § auf physische Personen beschränken, so würde eine Bestimmung darüber, welche Zeit für die Beurtheilung der Fähigkeit bei juristischen Personen maßgebend sein soll, fehlen. Einen solchen Mangel aber kann man unmöglich in das an sich dazu gar nicht nöthigende Gesetz hineindeuten. Gleichwohl soll dieser Mangel nach Ansicht des Imploranten auch daraus folgen, daß bei Stiftungen die Uebertragung juristischer Persönlichkeit durch den Staat noch nicht die testamenti factio passiva in sich schließe, welche juristischen Personen vielmehr nur in Folge besonderer Verleihung zustehe. Im preuß. R. ist dieser Satz nirgends ausgesprochen. Implorant belegt denselben

---

Legatare eingesetzt werden, nur ihre einzelnen Mitglieder zur Zeit des Anfalls. Ob darauf der Wille des Testators etwa geht, wird konkret zu prüfen sein. So ObTr. 53 S. 56 (StrA. 53 S. 327), wo unzulässiger Weise „die deutschkatholische, freireligiöse Gemeinde", die keine Korporationsrechte hatte, eingesetzt war. Wichtiger ist die in dem mitgetheilten Erk. behandelte kontroverse Frage über die Erbfähigkeit der pia causa, milden Stiftung, welche durch das Testament erst geschaffen wird. In § 1 Nr. 1 § 3 Ges. v. 23. Febr. 1870 (GS. S. 116) kann jetzt eine direkte Bestätigung des Grundsatzes des Erk. gefunden werden. Die Erbfähigkeit der geschaffenen, bestehenden wird in § 38 h. t. wie in §§ 32 ff., 42 ff. II

auch nur mit Citaten aus Puchta, Savigny und Glück, drei gemeinrechtlichen Schriftstellern, die ihn jedoch an sich noch nicht einmal für das gem. R. zu einem unumstößlichen machen würden. Allein die drei Gewährsmänner des Imploranten selbst sprechen jenen Satz nicht aus. Nachdem Puchta im § 27 seiner Pandekten vorausgeschickt hat, daß, wenn Jemand Güter für einen frommen oder wohlthätigen, gemeinnützigen Zweck stiften wolle, er nicht nöthig habe, die Güter in das Eigenthum einer bestehenden, natürlichen oder juristischen Person zu bringen, daß vielmehr eine solche „milde Stiftung" als ein selbstständiges Vermögen behandelt werde, welches das Subjekt, dem es zustehe, in sich trage, so daß ein solcher Güter-Inbegriff Träger juristischer Persönlichkeiten genannt werde, sagt er in dem vom Imploranten angezogenen § 448 ausdrücklich: den milden Stiftungen, auch wenn sie nicht in unmittelbarer Verbindung mit der Kirche ständen, sei durch einen allgemeinen Rechtssatz Successionsfähigkeit d. h. eben testamenti factio passiva verliehen. Auch Savigny im System Bd. II S. 302, 309, sowie Glück im Commentar zu den Pand. Bd. 40 S. 66 Nr. 10 sprechen keineswegs gerade das Gegentheil hiervon aus; die Puchta'sche Annahme wird aber durch l. 1 C. de sacros. eccl. 1, 2 bestätigt.

Der Satz des Imploranten steht mithin gemeinrechtlich keineswegs fest, und er läßt sich daher um so weniger auf das preuß. R. anwenden. Die vom Imploranten für beide Rechte aufgestellte Regel, daß Institute, welche zur Zeit der Testamentserrichtung physisch und rechtlich noch nicht existiren, nicht zu Erben eingesetzt werden dürfen, ist jedenfalls für das preuß. R. nicht anzuerkennen. Die Fähigkeit der zu Erben eingesetzten Institute kommt nach § 43 I 12 ALR. zur Zeit der Testamentserrichtung, wie schon bemerkt, gar nicht in Frage, sondern nur zur Zeit des Erbanfalls. Allerdings ist die Fähigkeit, von welcher § 43 spricht, etwas Anderes, als Persönlichkeit. Allein die Persönlichkeit, die Existenz, ist eine Bedingung der Fähigkeit. Der § 43 läßt daher die Frage nach der Persönlichkeit ganz außer Betracht, er verlangt nur die Fähigkeit zur Zeit des Erbanfalles. Ist zu dieser Zeit die Erbfähigkeit und damit also auch die Persönlichkeit des eingesetzten Erben vorhanden, so ist die Zeit der Entstehung dieser Persönlichkeit ganz gleichgültig, und zwar ebenso gleichgültig bei juristischen, wie bei physischen Personen. — Eine Verletzung der §§ 36—43 I 12 ALR. durch den App.-Richter ist somit nicht ersichtlich.

Wenn übigens Implorant auch den § 44 I 12 ALR. als verletzt bezeichnet, so schließt sich der § 44 hier von selbst aus, da derselbe nach seinem Wortlaute: der Erblasser kann in seinem Testamente einen oder mehrere Erben zu seinem Nachlasse nach Gutbefinden ernennen, — an dieser Stelle vom App.-Richter weder angewendet ist, noch verletzt sein kann.

B. Der zweite Richter hat aber weiter auch angenommen: daß die F.'schen Stiftungen zur Zeit des Erbanfalls erbfähig gewesen seien.

Der Implorant nimmt den Widerspruch, den der App.-Richter in der Frage nach der Erbfähigkeit erst zu schaffender Stiftungen findet, als ein zu seinen Gunsten sprechendes Moment in Anspruch. Allein mit Unrecht.

Es handelt sich hier darum, ob die fraglichen Stiftungen durch Erbeseinsetzung geschaffen sind und geschaffen werden konnten, und ob dann diese bereits geschaffenen Stiftungen zur Zeit des Erbanfalls erbfähig waren.

Den im ALR. nicht definirten Begriff der milden Stiftung entnimmt der App.-Richter aus dem Urtel v. 14. Juni 1852 ObTr. 23 S. 347. Dort ist der Begriff ganz allgemein aus der Natur der Sache entwickelt, und die Verschiedenheit der thatsächlichen Grundlage in jenem Falle, von dem vorliegenden, ist deshalb nicht geeignet, das Zurückgehen des zweiten Richters auf jenes Erkenntniß als ungeeignet erscheinen zu lassen. Implorant vermißt an dem dort konstruirten, vom App.-Richter auf-

---

19 vorausgesetzt und ist nicht bedenklich. Das in dem Erk. angezogene Erk. ObTr. 23 S. 347 vgl. zu II 19. In dem in dem Erk. ebenfalls erwähnten ObTr. 30 S. 50, in welchem für das gem. R. derselbe Grundsatz angenommen, war im Testament ein Acker und ein Kapital zu einer immerwährenden Stiftung für einen näher bezeichneten Unterstützungsfonds ausgesetzt. Solch Unterstützungsfonds ist unter den Begriff der pia causa, deren Erbfähigkeit nach l. 13, 23 C. 1, 2 u. l. 24 l. 28, 46 pr. l. 49 C. 1, 3 unzweifelhaft, gestellt, weil es sich dabei um einen reinen Wohlthätigkeitszweck handelte. Diesen verallgemeinerten Begriff der pia causa

genommenen Begriffe der pia causa das Moment der für dieselbe vorgeschriebenen landesherrlichen Bestätigung. Allein nach l. 23 l. 19 C. 1, 2, l. 24, 28, 35, 46, 49 C. 1, 3 Nov. 131 cap. 11 u. 15 muß man für das röm. R. allerdings die pia „causa", den frommen Zweck der Stiftung, auf der Basis des zu diesem Zweck vorhandenen Vermögens, als dasjenige Moment ansehen, an welches durch die Fiktion des Rechts die künstliche Persönlichkeit der Stiftung geknüpft wird.

Implorant und mit ihm viele angesehene Romanisten verlangen für diese Fiktion eine spezielle landesherrliche Konzession, während von anderer Seite diese Konzession in einem allgemeinen Rechtssatze für alle milden Stiftungen gefunden wird. Puchta a. a. O. Letzteres mit Recht. Denn jene Quellenstellen erwähnen einer speziellen Konzession bei piis causis mit keinem Worte und demnach legen sie ihnen augenscheinlich Persönlichkeit bei. Dies ist nur dadurch zu erklären, daß jene Stellen die Persönlichkeit der Stiftungen voraussetzen, daß sie die in einem Rechtssatze beruhende allgemeine Konzession aller milden Stiftungen anerkennen. In wie weit eine Konfirmation dieser Stiftungen noch erforderlich, das ist eine davon ganz verschiedene Frage. Im preuß. R. ist die landesherrliche Genehmigung für Stiftungen, wie die hier streitigen, allerdings erforderlich. Ob aber diese Genehmigung der die Stiftung erst schaffende, derselben Existenz und Persönlichkeit verleihende Akt sei, oder ob darunter eine bloße Konfirmation, eine nur die Verwaltungs- und höchstens die Fortexistenzfrage berührende Ratihabition zu verstehen sei, diese Frage beantwortet der zweite Richter zu Ungunsten des Imploranten, indem er sich der zweiten Alternative anschließt, und Implorant hat ihm deshalb die Verletzung der §§ 32—36 II 19 ALR. vorgeworfen.

Die herangezogenen §§ 35, 36 II 19 ALR. würden für sich allein jene Annahme allerdings nicht rechtfertigen können. Insofern aber der zweite Richter daraus nur folgert, daß die in Rede stehenden Stiftungen am Todestage des Stifters nicht schon um deswillen etwas Wesenloses gewesen seien, weil ihnen der innere Ausbau noch gefehlt habe, kann ihm nur beigepflichtet werden. Denn da der § 33 die erfolgte Errichtung der Stiftung voraussetzt, der § 34 ferner bestimmt, daß diejenigen Behörden, denen die Prüfung der Grundsätze der Verfassung der Stiftung obliegt, nur in den Fällen, wo die Ausführung der Verordnungen des Stifters unmöglich oder gar schädlich sein würde, dieselben zu verwerfen berechtigt sein sollen, und da der Staat selbst nur in eventum sich die Befugniß vorbehält, die innere Einrichtung solcher Anstalten, wie sie in §§ 32 ff. vorausgesetzt sind, anzuordnen, falls der Stifter es nicht gethan hat, § 36, so folgt daraus bei ihrer, hiernach bereits als vorhanden angenommenen Persönlichkeit, daß ihre innere Einrichtung durch den Stifter nicht erst ein nothwendiges Requisit für die Existenz einer solchen Anstalt ist.

Implorant hält freilich die §§ 32—36 II 19 ALR. auf die F.'schen Stiftungen überhaupt nicht für anwendbar. Berücksichtigt man indessen, daß nicht blos das im § 8 des Testaments erwähnte Zufluchtshaus, sondern auch das Rabbiner-Seminar, das Institut zur Vorbeugung der Armuth unter den Juden u. s. w. im Sinne des die Konfession in solchen Beziehungen so wenig betonenden ALR. gewiß als wohlthätige Anstalten bezeichnet werden müssen, daß ferner der Gesetzgeber die Vorschriften über „dergleichen Anstalten" (§ 33) gewiß nicht auf die im § 32 genannten Armenhäuser, Hospitäler, Waisen-, Findel-, Werk- und Arbeitshäuser strictissime beschränken wollte, daß dies vielmehr offenbar nur beispielsweise benannte Institute sind, indem sich andernfalls ein hinlänglicher legislatorischer Grund für die strikte Beschränkung der in den §§ 32 ff. gegebenen Vorschriften auf die vorgedachten Institute nicht denken ließe, und daß dies endlich auch in der Ueberschrift des 19. Titels „Von Armenanstalten und anderen milden Stiftungen" eine Bestätigung findet, so unterliegt es keinem Bedenken, die §§ 32 ff. auch auf andere milden Stiftungen, als die darin namentlich benannten und somit auch auf die hier in Rede stehenden Institute anzuwenden.

---

legt die Praxis auch den §§ 32 ff. II 19 unter. Vgl. das obige Erk. u. ObTr. 23 S. 347 bei II 19.

Die Bedenken gegen die Erbfähigkeit erst gegründeter Stiftungen sind u. A. aus dem, auch im ALR. §§ 47—49 zu findenden Satze entnommen, daß die Einsetzung einer incerta

Ebensowenig kann aber denjenigen Ausführungen des Imploranten beigetreten werden, durch welche er die Annahme des zweiten Richters angreift: daß durch die citirten Vorschriften II 19 ALR. die Genehmigung oder Verwerfung solcher Stiftungen keineswegs der bloßen Willkür der zuständigen Staatsbehörden überlassen sei.

So wenig die von dem Imploranten citirte Abhandlung des Dr. Löwenberg, Beitr. zur Kenntniß der Preuß. Gesetzgeb. 1 S. 224 Nr. 6 mit der Annahme des zweiten Richters im Widerspruch steht, ebensowenig kann dem Imploranten darin beigepflichtet werden, daß der § 34 II 19 nicht von Verwerfung der Anstalten, sondern nur von der Verwerfung ihrer Verfassungsgrundsätze spreche.

Es verstößt diese Annahme zunächst gegen den Wortlaut des § 34, sodann aber ist in der That ein wesentlicher Unterschied zwischen einer Verwerfung der Anstalten und einer Verwerfung ihrer Verfassungsgrundsätze nicht erfindlich; denn falls die Verwerfung der Verfassungsgrundsätze nicht zugleich eine Verwerfung der ganzen Anstalt involvirte, so würde dies zu der für die Auffassung des zweiten Richters günstigen Schlußfolge führen, daß die Anstalt auch ohne innern Ausbau, ohne Verfassungsgrundsätze eine Existenz hätte. Implorant will aber die ganze, im ALR. den Staatsbehörden vorbehaltene Genehmigung solcher Anstalten, nicht als die zur Entstehung der Stiftungen, seiner Annahme nach, nöthige Konzession betrachtet wissen, sondern erst das Ges. v. 13. Mai 1833 soll für das preuß. R. das Erforderniß der landesherrlichen Konzession für die Persönlichkeit milder Stiftungen eingeführt haben. Wäre das richtig, so würde es auffallen müssen, daß ein nach der eigenen Darstellung des Imploranten im gem. R. so nothwendiges Requisit für die Entstehung milder Stiftungen im ALR. stillschweigend fallen gelassen und erst später wieder angeordnet worden wäre. Die Bestimmungen des 19. Titels sprechen auch in der That nicht zu Gunsten dieser Annahme. Ebensowenig die Motive des Ges. v. 13. Mai 1833. Eines Eingehens auf dieselben bedarf es indessen nicht, da der deutliche Inhalt des Ges. v. 13. Mai 1833 die Behauptungen des Imploranten vollständig widerlegt. Daß dies Gesetz in der That in der landesherrlichen Genehmigung, welche es für Stiftungen verlangt, nicht ein neues Requisit für die Entstehung der Persönlichkeit solcher Stiftungen schaffen wollte, ergiebt sich schon aus § 2 desselben. Danach ist die landesherrliche Genehmigung erforderlich zu jeder Schenkung und letztwilligen Zuwendung an inländische öffentliche Anstalten und Korporationen im Betrage von mehr als 1000 Thlr. Hier werden offenbar bereits bestehende Anstalten vorausgesetzt, und von einer durch die landesherrliche Genehmigung erst zu schaffenden Persönlichkeit kann im § 2 gewiß keine Rede sein. Buchstäblich derselbe Ausdruck aber ist gebraucht im § 5: In diesem § wird in demselben Satze ein und dieselbe landesherrliche Genehmigung für solche Zuwendungen verlangt, durch welche eine neue öffentliche Anstalt gestiftet, wie für solche, durch welche einer schon vorhandenen Anstalt Etwas zu einem anderen als dem bereits genehmigten Zwecke gewidmet werden soll. Daraus aber ergiebt sich evident, daß diese landesherrliche Genehmigung nicht der solche Anstalten schaffende Akt sein kann, daß dieselbe vielmehr nach erfolgter Prüfung der Anordnungen in einer verwaltungsmäßigen, im Oberaufsichtsrechte des Staats beruhenden Ueberwachung ihren Grund hat; denn in dem letzterwähnten Falle, wo sie zu Zuwendungen an bereits bestehende Anstalten erfordert wird, kann sie offenbar den Charakter einer Verleihung der rechtlichen Persönlichkeit nicht haben. Diese bereits bestehenden Anstalten müssen ja, wenn sie existiren, schon Rechtssubjekte sein. Wäre also die Annahme des Imploranten richtig, so würde in dem § 5 der Ausdruck „landesherrliche Genehmigung" einer doppelten Deutung unterliegen müssen.

In Bezug auf neue Stiftungen würde darunter eine, Persönlichkeit verleihende Konzession, in Bezug auf Zuwendungen an bestehende Stiftungen eine blos beaufsichtigende, die Persönlichkeit nicht berührende Bestätigung zu verstehen sein; das widerspräche offenbar allen Regeln der grammatischen wie logischen Interpretation.

---

persona ungültig. Von diesem Satze aus ist im gem. R. namentlich auch die Erbfähigkeit des postumus nondum conceptus kontrovers. In ObTr. 64 S. 72 ist sie für gem. R. im Anschluß an eine mildere neuere Praxis bejaht. Vgl. Holzschuher, Bd. 2 Abth. 1 S. 482 ff. § 19 J. 2, 19, §§ 24—26 J. 2, 20, l. un. C. 6, 48. Für das Preuß. R. ist sie in ObTr. 47 S. 113, — vgl. unt. Nr. 31 S. 117—118 u. unt. Nr. 221 S. 395, durch die Zu-

Ergiebt sich aber hieraus, daß die landesherrliche Genehmigung des Ges. v. 13. Mai 1833 nur als eine beaufsichtigende Bestätigung, nicht als ein konstitutiver Faktor für die juristische Persönlichkeit der Stiftungen aufzufassen ist, dann ist sie eben nach dieser Seite hin wesentlich identisch mit der im II 19 ALR. den Behörden überlassenen, und es hat demgemäß der App.-Richter die §§ 32—36 II 19 nicht verletzt. Außerdem liefern aber auch die §§ 38 und 42 ibid. erhebliche Momente für die richtige Auffassung der im preuß. R. vorgeschriebenen landesherrlichen Genehmigung milder Stiftungen. Beide Paragraphen setzen die Möglichkeit einer stillschweigenden Genehmigung voraus. Die stillschweigende Genehmigung einer Stiftung oder Anstalt, welche noch gar nicht existirt, ist aber unmöglich. Der § 42 cit. sagt überdies, daß die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andern Versorgungs-Anstalten die Rechte moralischer Personen haben. Gäbe diesen Anstalten erst die Genehmigung die Rechte moralischer Personen, so enthielte der § 42 eine völlig überflüssige, sich von selbst verstehende Satzung, oder einen unlogischen Pleonasmus. Auch der Gesetz-Revisor wollte die Fassung des § 42 beibehalten wissen. Dies deutet an, wie wenig man an die irrige Auffassung der Genehmigung, als einer erst Persönlichkeit verleihenden Handlung der Behörde, gedacht hat. Der hier entwickelten Auffassung des § 42, welche schon bei dem oben erwähnten Präj. v. 14. Juni 1852 leitend gewesen, läßt sich auch nicht vorwerfen, daß wenn man e contrario argumentire, aus dem § 42 folgen würde: nicht genehmigte Anstalten hätten nicht die Rechte moralischer Personen. Dies würde unrichtig sein. Denn da § 42 auch von stillschweigend genehmigten Anstalten spricht, so läßt sich daraus e contrario höchstens das folgern, daß Armenanstalten, denen der Staat die Genehmigung versagt hat, nicht die Rechte moralischer Personen haben sollen. Dieser Satz trifft in der That das Wesen der Sache. Durch die Versagung der Genehmigung wird der Stiftung der Charakter einer milden abgesprochen, und dadurch wird allerdings selbstverständlich ihr die Persönlichkeit und zwar ex tunc genommen.

Endlich spricht für diese Auffassung der landesherrlichen Genehmigung auch noch die AKO. v. 23. Mai 1845 nebst deren Motiven. Dieselbe handelt zwar allerdings nicht von milden, sondern von Familienstiftungen, und deklarirt, daß dieselben durch ihre in vorschriftsmäßiger Form erfolgte Errichtung von selbst, ohne daß es einer besonderen Verleihung bedürfte, die Eigenschaft juristischer Personen haben sollen. Diese O. nimmt aber ausdrücklich Bezug auf den Bericht des Staats-Ministeriums v. 12. Mai 1845, in welchem unter Andern gesagt wird:

> Der wesentliche Unterschied zwischen Korporationen und anderen juristischen Personen besteht darin, daß nur die ersteren aus bestimmten Personen gebildet sind, welche auch abgesehen von der der Korporation beiwohnenden Rechtsfähigkeit im Interesse der Gesammtheit Rechte erwerben können, während die mehr ideale Existenz der letzteren durch den allgemeinen Zweck, der durch sie erreicht werden soll, bedingt wird. Es folgt hieraus von selbst, daß juristische Personen, die keine Korporationen sind, sich nicht anders denken lassen, als wenn ihnen schon im Augenblicke ihrer Entstehung Rechtsfähigkeit beigelegt ist, und daß eine nachträgliche Verleihung der Rechte einer moralischen Person bei ihnen nicht vorkommen kann, weil, so lange als die juristische Person selbst nicht existirt, es auch an einem Subjekt fehlt, welches dazu erhoben werden könnte. Von diesem Standpunkte aus wird z. B. im § 42 II 19 ALR. ausdrücklich anerkannt, daß sowohl die vom Staate ausdrücklich als auch die nur stillschweigend genehmigten Armen- und anderen Versorgungs-Anstalten schon als solche die Rechte moralischer Personen besitzen.

Es leuchtet ein, daß diese Gründe ebenso sehr auf piae causae, deren dabei sogar ausdrücklich gedacht worden, passen, wie auf Familienstiftungen. Dadurch widerlegt sich von selbst die behauptete Verletzung der gedachten A. O.

---

lassung einer Schenkung an künftige Descendenz mitbejaht; letztre wird für ganz unbedenklich erklärt, ein Grund dafür aus der Lehre von Fideikommissen und Familienstiftungen entnommen. Vgl. §§ 55, 530 h. t., §§ 277, 300, 305 II 1, § 95 II 4, § 32 I 18.

Erbunfähig sind diese Personen nur aus Rechtsgründen, allgemein oder in konkretem

Müssen aber hiernach milde Stiftungen nach den preuß. Gesetzen ihrer inneren Natur nach gleich bei ihrer Entstehung als Rechtssubjekte betrachtet werden, so kann die gleichwohl durch das Ges. v. 13. Mai 1833 für dieselben vorgeschriebene landesherrliche Genehmigung nur die Bedeutung haben, daß sich der Staat in der Person des Landesherrn dadurch vorbehält, die aus der Privatwillkür entsprungenen Rechtssubjekte mit Rücksicht auf ihren Zweck zu prüfen. Findet er den Zweck der salus publica entsprechend, so bestätigt, genehmigt er die daran geknüpfte Rechtssubjektivität. Anderen Falls vernichtet er sie. Darum konnte der App.-Richter allerdings sagen, daß trotz des thatsächlichen Vorhandenseins der F.'schen Stiftungen, am Todestage des Erblassers, ihre Existenz noch nicht verbürgt gewesen sei. Wie ein Geschäft, welches der obervormundschaftlichen Ratihabition bedarf, erst durch dieselbe eine reale Wirksamkeit erhält, so die Stiftungen durch die staatliche Genehmigung. Durch sie wurden sie, obschon bereits vorhanden, erst völlig anerkannte und dadurch unbedingte, nunmehr zur Ausübung der Rechte einer moralischen Person befugte Rechtssubjekte. Wie aber überhaupt eine Ratihabition die sonstigen formellen oder materiellen Mängel eines Geschäfts nicht heilt, ebensowenig will und kann dies die landesherrliche Genehmigung bei Stiftungen thun. Dies drückt der § 7 Ges. v. 13. Mai 1833 aus. Nimmermehr läßt sich aus diesem § der Schluß ziehen, daß eine Stiftung vor der landesherrlichen Genehmigung keine Persönlichkeit habe. Der zweite Richter beweist durch das Ges. v. 13. Mai 1833 nicht den Satz, daß eine pia causa durch Erbeseinsetzung gestiftet werden könne, er zieht vielmehr dasselbe nur heran, um darzuthun, daß es diesem Satze nicht widerspreche.

Es hätte für den App.-Richter unter diesen Umständen der Heranziehung der gemeinrechtlichen Theorie von der conditio tacita vielleicht nicht bedurft. Allein es läßt sich darum noch keineswegs behaupten, daß darin eine Verletzung von Rechtsgrundsätzen liegen müsse. Haben die Vorschriften II 19 ALR., auch nach dem Ges. v. 13. Mai 1833 ihre Bedeutung nicht verloren, so kann man auf Grund des § 34 ibid. allerdings sagen, daß die Genehmigung des Staats den fraglichen Stiftungen „voraussichtlich" zu Theil werden mußte, zumal der zweite Richter keineswegs das „Müssen", sondern das „Voraussichtlich" accentuirt. Denn der Testator konnte allerdings erwarten, daß der von ihm verordneten, nach den allgemeinen humanen Tendenzen des ALR. nicht nur als unschädlich, sondern als wohlthätig zu betrachtenden Stiftungen, auf Grund des § 34 die staatliche Genehmigung gewährt werden würde. Daß dieselbe zu der beabsichtigten Wirksamkeit der Institute erforderlich sei, mußte er wissen.

Besteht aber das Wesen der stillschweigenden Bedingung darin, daß dieselbe tacite in est, d. h. daß sie sich als Bedingung, auch ohne ausgesprochen zu sein, von selbst versteht, l. 99 D. 35, 1, dann kann man allerdings aussprechen: die F.'schen Stiftungen sind, ihre nicht mehr streitige Erbeseinsetzung vorausgesetzt, unter der sich von selbst verstehenden Bedingung instituirt: „wenn ihnen die Genehmigung des Staats, wie zu erwarten steht, zu Theil wird."

Diese stillschweigende Bedingung ist freilich kein landrechtliches Institut. Allein eben deswegen hat der zweite Richter mit Recht die in der Natur der Sache liegenden gemeinrechtlichen Grundsätze darauf angewendet. Er soll dies nach der Behauptung des Imploranten nicht richtig gethan haben. Allein der von Letzterem dafür citirte Mühlenbruch sagt selbst in seiner allegirten Schrift Seite 270: man könne Bedingungen, wie andere Willenserklärungen, stillschweigend und implicite ausdrücken. Daß dies geschehen sei, ergebe sich bald aus der Fassung der Willenserklärung von selbst, bald werde es höchst wahrscheinlich vermuthet. Mühlenbruch citirt dafür die vom Imploranten als verletzt bezeichnete l. 107 D. 35, 1. Dem widersprechen auch die vom zweiten Richter aufgestellten Grundsätze in keiner Weise.

Falle. Allgemein unfähig sind Mönche und Nonnen, §§ 1199, 1200 II 11. Vgl. Ges. v. 31. Mai 1875 betr. die geistl. Orden (GS. S. 217). Unfähigkeit im Einzelfall statuirt § 35 h. t., vgl. StrA. 2 S. 155 unt. Nr. 226 (daß wegen Ehebruchs gestraft, ist nicht erforderlich, der Beweis kann auch in einer andern Untersuchung, z. B. wegen Meineids, geführt sein), diese Unfähigkeit wird aber nach AKO. v. 28. Febr. 1811 (GS. S. 156) durch Heirath mit Dispens, § 33 Nr. 5 Ges. v. 6. Febr. 1875, beseitigt. Das Ges. v. 23. Febr.

Was zuvörderst die l. 107 betrifft, so bestätigt dieselbe die Annahme des zweiten Richters insofern, als sie in fine eine implicite gegebene, nicht ausgesprochene Bedingung anerkennt, ohne daß ihr sonstiger Inhalt der Deduktion des zweiten Richters irgend entgegenstände.

Ebensowenig ist aber die l. 22 § 1 D. 36, 1 verletzt. Denn auch sie spricht aus, daß die stillschweigende Bedingung des Erbschaftsantritts seitens des Erben für den Sklaven, der testamento manumittirt ist, nicht als eigentliche Bedingung gelten soll. Sie bestätigt daher allerdings die Behauptung des zweiten Richters, daß, ungeachtet die hier in Rede stehende conditio tacita am Todestage des Erblassers noch schwebend war, dennoch dadurch die Delation der Erbschaft nicht aufgeschoben worden sei, und daß deren Erfüllung vielmehr nur gefordert werde, damit die Erbeseinsetzung bestehe; bleibe sie unerfüllt, so sei in keinem Augenblicke eine wirkliche Erbeseinsetzung vorhanden gewesen.

Wenn Implorant aber die Fragen aufwirft, ob die Stiftungen denn am Todestage des Erblassers die Erbschaft angetreten haben und ob ihnen damals das Eigenthum der Erbschaft nebst den damit verbundenen Rechten und Pflichten ipso jure überkommen sei, so vermögen auch diese Fragen das angegriffene Erkenntniß nicht zu erschüttern. Denn da die Stiftungen am Todestage des Erblassers auch ohne die landesherrliche Genehmigung, wie bereits dargethan, Persönlichkeit hatten, so konnten sie durch ihre Kuratoren allerdings antreten. Nur war selbstverständlich dieser Antritt erfolglos, sobald ihnen die erforderliche landesherrliche Genehmigung versagt wurde. Dadurch erledigt sich auch die zweite Frage des Imploranten, und damit fällt zugleich der auf die angebliche Verletzung der §§ 367 ff., 389 ff. I 9 ALR. gebaute Angriff desselben. Denn hatten die Stiftungen am Todestage des Erblassers bereits Persönlichkeit, so ist in der That nicht abzusehen, warum die gedachten Gesetzesstellen nicht auf dieselben anwendbar sein sollten. Waren sie die testamentarisch berufenen Erben, so fiel ihnen die Erbschaft an und sie erlangten ohne Weiteres deren Eigenthum. Der § 369 widerspricht dieser Annahme um deswillen nicht, weil die conditio tacita, wie bereits dargethan, den Anfall gar nicht suspendirt, non facit hereditatem conditionalem, l. 99 D. 35, 1.

In wie fern die §§ 389 ff. verletzt sein sollen, ist vom Imploranten nicht näher dargelegt. Daß aber eine Erklärung über die Annahme der Erbschaft seitens der Stiftungen, durch deren Kuratoren, sehr wohl erfolgen konnte, ergiebt sich gleichfalls aus der beim Tode des Erblassers den Stiftungen, wie bereits erörtert, beiwohnenden Persönlichkeit. Von den auf den § 389 folgenden §§ könnte hier höchstens noch der § 394 als verletzt in Frage kommen. Aber es handelt sich hier gar nicht um eine dem Erbschaftsantritt beigefügte Bedingung. Und selbst wenn auch dieser unter der stillschweigenden Bedingung der staatlichen Genehmigung erfolgt wäre, so würde eben aus der oben entwickelten Natur der conditio tacita folgen, daß der § 394 cit. hier gar nicht in Frage kommen könnte.

Wenn aber Implorant weiter frägt, ob die wesenlosen Stiftungen hätten klagen können, wenn die Testaments-Exekutoren dieselben nicht ins Leben gerufen und die Autorisation nicht erwirkt hätten, so ist diese Frage freilich zu verneinen; dann aber hätte nach den Vorschriften II 19 ALR. der Staat eintreten und den innern Ausbau der Stiftungen veranlassen müssen. Ob endlich die Stiftungen vom Todestage ab von einem Dritten zu Erben oder Legatarien hätten eingesetzt werden können, ist zwar eine hier gar nicht zu erläuternde Frage, ihre Bejahung versteht sich aber nach den obigen Ausführungen unter Voraussetzung der später erfolgten landesherrlichen Genehmigung von selbst.

C. Daß den F.'schen Stiftungen die landesherrliche Genehmigung ertheilt ist, darüber ist jetzt kein Streit mehr. Es handelt sich nur noch um die rückwirkende Kraft dieser Genehmigung. Implorant macht dagegen geltend: a. es sei durch den Tod des Erblassers, der eine nicht erbfähige Person instituirt habe, der Nachlaß den Intestaterben deferirt, eine obrigkeitliche Bestätigung könne aber Niemanden ein jus

---

1870, betr. die Genehmigung zu Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen an Korporationen und andere juristische Personen, beschränkt die Erbfähigkeit nicht, sondern kontrollirt sie nur im öffentl. Interesse der Verhütung von Anhäufung von Vermögen in todter Hand.

quaesitum rauben. Dieser Grund ist hinfällig, denn die Erbfähigkeit der instituirten Stiftungen schon zur Zeit des Todes des Erblassers soll ja eben nachgewiesen werden und ist bereits nachgewiesen worden. b. Eine Ratihabition soll keine rückwirkende Kraft haben können, wenn der Mangel einer im jus publicum enthaltenen Bedingung die anfängliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts hindert. Der bloße Mangel der landesherrlichen Genehmigung hindert aber die anfängliche Gültigkeit der Stiftungen, wie bewiesen, in keiner Weise, und der § 4 Ges. v. 13. Mai 1833 erkennt die rückwirkende Kraft ausdrücklich an, er spricht sie aus, indem er verordnet: Mit dem Tage, an welchem die landesherrliche Genehmigung dem Geschenkgeber oder Erben bekannt gemacht worden, nimmt die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Geschenkes oder Vermächtnisses, so wie zur Uebergabe der Erbschaft ihren Anfang. Mit der zugewendeten Sache müssen zugleich die davon in dem Zeitraume vom Tage der Schenkung, oder vom Todestage des Erblassers an, wirklich erhobenen Nutzungen verabfolgt werden. c. Die Regel: „Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit“ soll bei Testamenten vorzugsweise und dergestalt gelten, daß nicht blos der Testirer, sondern auch der Honorirte sowohl bei der Testamentserrichtung, wie beim Tode des Ersteren die testamenti factio haben müsse. Allein im preuß. R. ist die mangelnde landesherrliche Genehmigung gar kein ab initio wirkendes vitium einer Stiftung, welches deren Ungültigkeit zur Folge hat.

Auch der als verletzt bezeichnete § 67 Einl., welcher von der Erlöschung der Privilegien handelt, widerspricht einer solchen Zurückbeziehung, die ja nur den Anfangspunkt, die Wirkungen jener Genehmigung betrifft, durchaus nicht.

Der § 14 ibid. kann nicht, wie Implorant behauptet, auf die Genehmigung, um die es sich hier handelt, Anwendung finden. Denn es liegt ja im innersten Wesen der Genehmigung, daß sie sich auf das zu genehmigende Ergebniß, Institut, Rechtsgeschäft zurückbezieht. Hat aber die bei milden Stiftungen vorgeschriebene Genehmigung nicht den konstitutiven Charakter für die Persönlichkeit der Stiftung, welchen ihr Implorant beimißt, so liegt es danach in ihrer rechtlichen Natur, daß sie sich auf die Entstehung des genehmigten Instituts in ihren Wirkungen zurückbeziehen muß. Es ist dies gar keine eigentliche Ausnahme von dem Grundsatze, daß neue Gesetze auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewandt werden können, sondern es versteht sich dies bei einem Gesetze, welches die Natur einer Ratihabition hat, ganz von selbst. Es ist daher auch das Urtel v. 14. Juni 1852, welches dasselbe ausspricht, durchaus nicht zu Unrecht vom App.-Richter herangezogen. Als Resultat ergiebt sich hieraus, daß 1) der Satz: „Nicht existente Stiftungen könnten zu Erben nicht eingesetzt werden,“ für das preuß. R. und den vorliegenden Fall ohne Bedeutung ist; 2) der Satz: „Zur Entstehung jeder Stiftung sei, mit Ausnahme der Familien-Stiftungen, nach preuß. R. die Genehmigung des Landesherrn nothwendig“ nur insofern richtig ist, als jede neue Stiftung zu ihrer gültigen Fortexistenz der landesherrlichen Genehmigung bedarf, andererseits sonst nicht zur Ausführung kommen kann; 3) dem Satze, daß dieser Genehmigung durch kein Gesetz rückwirkende Kraft beigelegt sei, abgesehen davon, daß die Genehmigung ihrer Natur nach zurückwirken muß, der § 4 Ges. v. 13. Mai 1833 entgegensteht; 4) die Folgerung, daß vor ertheilter Genehmigung die eingesetzten Stiftungen weder erb- noch erwerbfähig seien, damit von selbst sich als unrichtig darstellt.

Vgl. noch §§ 982, 999 II 1, §§ 599, 600 h. t. Letztre betreffen die Erbunwürdigkeit. Vgl. unt. Nr. 234.

Nr. 230. §§ 4—6, 40—49, 254—260, 261—276; §§ 518, 519 bis 556 (§§ 526, 531). (§ 443 II 2.) Testament. Inhalt des Testaments. Die Erbeinsetzung. Erbe u. Legatar. Prälegat. Die Auslegung. (Kinder. Bölkenkinder.)*)

a. Erk. v. 2. Nov. 1866; ObTr. 57 S. 45.
b. Erk. v. 11. Juni 1866; StrA. 63 S. 218.
c. Präj. 1867 v. 30. April 1847; ObTr. 15 S. 188.
d. Erk. v. $\frac{17.\ \text{Jan.}}{19.\ \text{Juni}}$ 1868; ObTr. 60 S. 86.
e. Erk. v. 23. April 1869; ObTr. 61 S. 80.

Im Falle a. hatte der Vater mit seinem Sohne einen notariellen Vertrag, zu dem sie sich später gerichtlich bekannt, abgeschlossen, in welchem der Sohn zu Gunsten seiner Brüder seines künftigen Erbrechts entsagte. In einem spätern Testamente setzte der Vater trotzdem denselben Sohn nebst seinen Brüdern zum Erben ein, dabei war aber bestimmt, dass derselbe abgefunden sei und sonach und nach dem Vertrage nichts mehr erhalte. Als dieser Sohn wegen einer Erbschaftsschuld in Anspruch genommen wurde, ist die Klage in 1. und 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle b. hatten die M.'schen Eheleute in einem wechselseitigen Testament bestimmt, dass sie ihre vier Kinder zu Erben einsetzten, § 2, der überlebende Ehegatte aber im Besitz des Nachlasses bleiben und den Niessbrauch haben solle, ohne Verpflichtung zu Inventur, Sicherstellung, Rechnungslegung, § 3, dass die Ehefrau, wenn sie wieder heirathe, Theilung zu halten verpflichtet, § 2a. Als die Ehefrau nach dem Tode des Ehemanns durch Kodizill zu Gunsten des Sohns Bestimmungen zum Nachtheil der Töchter traf und diese nach §§ 492, 493 II 1 ALR. angegriffen wurden, wiesen beide Instanzen die Klage ab, weil dies Testament kein wechselseitiges, die Ehefrau nicht als Erbin eingesetzt. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hatte H. in seinem Testamente seine Wittwe, seine Kinder 1. und 2. Ehe zu Erben eingesetzt, dabei aber die Kinder 1. Ehe auf das von ihm schon früher Erhaltene verwiesen, und bestimmt, dass ein Sohn 1. Ehe noch 50 Thlr., die Kinder 2. Ehe je 200 Thlr. und seine Dienstkaution, die Wittwe aber alles Andre als Universalerbin erhalten, auch das Geld der Kinder 2. Ehe bis zu deren Grossjährigkeit unverzinslich behalten solle. Als ein Nachlassgläubiger gegen die Wittwe und die Kinder klagte, ist die Klage gegen die Kinder in 1. und 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle d. hatte die Erblasserin in einem gerichtlichen Testament drei Brüder, die Kinder eines verstorbenen Bruders und die Kinder eines lebenden Bruders, der nur den Niessbrauch haben sollte, zu Erben eingesetzt, so dass der Nachlass in fünf gleiche Theile getheilt, die Kinder an Stelle ihrer Väter treten sollten. Nachdem zwei von den Brüdern vor ihr gestorben, entstand nach ihrem Tode Streit, ob deren Kinder an ihre Stelle getreten. Das ObTr. hat bejaht. — Im Falle e. hatte die Erblasserin zu Erben eingesetzt die Kinder ihrer verstorbenen Brüder u. die „Bölkenkinder" ihres verstorbenen Ehemannes, d. h. Kinder der Geschwister des Vaters ihres verstorbenen Ehemannes. Es entstand nach ihrem Tode Streit darüber, ob auch die Kinder eines solchen vorverstorbenen Bölkenkindes erbberechtigt. Dies ist in 2. und 3. Instanz verneint.

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 546, 547, 553, 627; Dernburg 3 §§ 119, 120, 122, 128, 131; Förster (Eccius) 4 §§ 251, 254. — Ueber das wechselseitige Testament vgl. zu II 1 §§ 481 ff. Darüber, daß der Inhalt der letztw. Verordnungen nach den Gesetzen am Wohnort des Erbl. zur Zeit des Todes zu beurtheilen, vgl. Nr. 17, 18, Bd. 1 S. 66, 69; Savigny, Bd. 8 S. 312; Bornemann, Erörterungen S. 126. — Von dem möglichen

Gründe: a. Daß die Verhandlungen einen Erbschafts-Entsagungs-Vertrag enthalten, und daß dies an sich statthafte Geschäft auch in der gehörigen Form geschlossen ist, kann nicht bezweifelt werden. Das ALR. unterscheidet Erbverträge, wodurch Rechte auf einen künftigen Nachlaß eingeräumt werden, §§ 617 ff. I 12, von Entsagungs-Verträgen, durch welche auf eine künftige Erbschaft verzichtet oder die Theilung einer solchen im Voraus angeordnet wird, §§ 649—654. Für die letzteren ist nicht die Form wie bei Testamenten, und auch die gerichtliche Form nur in dem Falle vorgeschrieben, wenn die Entsagung zu Gunsten eines Fremden geschieht, und der Beitritt des künftigen Erblassers, den der § 650 alsdann zu ihrer Gültigkeit verlangt, wegen seiner mangelnden Fähigkeit zu einer verbindlichen Willenserklärung nicht erfolgen kann, § 653, 654. Hier ist der künftige Erblasser der Mitkontrahent des Beklagten, auch von beiden Verhandlungen zwar die eine notariell, die andere aber gerichtlich, geschlossen. Nach der Vorschrift § 484 II 2 ALR. können Verträge, wodurch Kinder vom Nachlasse der Eltern ausgeschlossen werden sollen, nur mit einem volljährigen aus der väterlichen Gewalt entlassenen Kinde errichtet werden. Daß diese Voraussetzung hier nicht vorhanden sei, ist von keinem Theil behauptet, vielmehr wird in beiden allegirten Verhandlungen die vollkommene Dispositionsfähigkeit attestirt.

Der App.-Richter rechtfertigt seine Annahme, daß Beklagter Erbe des Erblassers geworden und als solcher für die Legate und Nachlaßforderungen verpflichtet sei, durch die Ausführung, daß 1) Entsagungen einer künftigen Erbschaft immer nur unter Miterben, nicht den Gläubigern und Legatarien gegenüber Geltung hätten. Daraus folgert er weiter 2) daß Beklagter, um nicht als Erbe verhaftet zu sein, der Erbschaft nach ihrem Anfalle hätte entsagen müssen.

Die Ansicht ad 1 beruht auf einem offenbaren Mißverständnisse der §§ 649, 650 I 12. Diese Vorschriften entscheiden über die gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob ein Erbschaftsentsagungs-Vertrag zu seiner Gültigkeit der Zustimmung oder des Beitritts des künftigen Erblassers bedürfe. Das ALR. hat einen mittleren Weg eingeschlagen und unterschieden, ob der Vertrag unter gesetzlichen Miterben oder ob er zu Gunsten eines Fremden geschlossen ist. Im letzteren Fall soll der Beitritt des künftigen Erblassers erforderlich sein, im ersteren nicht. Im vorliegenden Fall kommt es auf die Unterscheidung des ALR. nicht an. Der Beklagte hat in den allegirten Verhandlungen zu Gunsten von Brüdern resp. deren ehelichen Descendenz, also gesetzlichen Miterben an dem dereinstigen Nachlasse seines Vaters entsagt. Die Entsagung ist von ihm im Wege eines Vertrages mit seinem Vater geschehen. Es sind somit die Voraussetzungen, von denen für beide Fälle die Gültigkeit der Entsagung abhängig ist, vorhanden. Daß aber der Ausdruck „Fremde" im Eingange des § 650 den Gegensatz zu den am Schlusse des § 649 genannten gesetzlichen Miterben bildet, und der § 650 über den Fall disponirt, wenn die Erbschaft oder ein Theil des Nachlasses Dritten, die nicht zu den gesetzlichen Miterben gehören, durch den Entsagungsvertrag zugewendet werden soll, unterliegt nach dem Zusammenhang kaum einem Zweifel. Von den Rechten der Legatarien und Nachlaßgläubiger ist in

---

Inhalt des Testaments, d. h. der förmlichen letztwilligen Verordnung, Nr. 225, kommt hier in Betracht die Erbeinsetzung und die Verordnung über einzelne Stücke des Nachlasses, das Legat §§ 4—6. Der Unterschied ist nach doppelter Richtung von Bedeutung, insofern jene nur in förmlicher Verordnung geschehen und geändert werden kann, diese auch in unförmlicher Verordnung, und als die Wirkung beider von verschiedener rechtlicher Tragweite. Vgl. Nr. 225 u. Erk. c. §§ 258, 263 h. t.; §§ 332 ff. h. t.; I 9 §§ 350 ff., 413 ff. Der Begr. der Erbeinsetzung ist in §§ 4, 254 gegeben, die in der Mark nicht suspendirt sind (ObTr. 12 S. 419; StrA. 7 S. 159; 11 S. 318), ebensowenig wie nach StrA. 37 S. 285 §§ 44, 45 mit ihrer Aufhebung des Grundsatzes nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Für den begrifflichen Unterschied von Erbeinsetzung und Vermächtniß ist der Inhalt des durch den letzten Willen dem Bedachten gegebenen Rechts entscheidend, nicht die Benennung, wie § 257 ausdrücklich hervorhebt. Beispiele nach verschiedenen Richtungen geben die Erk. a—c, ferner StrA. 16 S. 60 (Uebernehmer als Erbe, Abgefundener als Legatar), StrA. 25 S. 16 (Erbeinsetzung auf die Hälfte des aus dem Verkauf der Güter zu erzielenden Erlöses als Legat) unter Nr. 225. Ebendaselbst ist bereits ObTr. 76 S. 337 (StrA. 95 S. 175) erwähnt,

den §§ 649 ff. überhaupt nicht die Rede. Wäre die Auffassung des App.-Richters die richtige, so hätte es heißen müssen, daß eine derartige Entsagung ihnen gegenüber und zu ihrem Nachtheil, nicht zu ihren Gunsten, von keiner Kraft sei, den Verzichtenden nicht von seiner Verbindlichkeit als Erbe befreie, selbst nicht mit dem Beitritt des künftigen Erblassers, der hier mit dem Beklagten kontrahirt hat.

Was die Annahme unter 2 betrifft, daß Beklagter nur nach dem Erbanfalle der Erbschaft hätte entsagen können, so kommt noch in Betracht, daß Kläger die behauptete Erbes-Qualität des Beklagten auf ein Testament des Erblassers, nicht auf die gesetzliche Erbfolge gegründet hat. Dies Testament ist vom Erblasser mehrere Jahre nach den mit dem Beklagten geschlossenen Entsagungs-Verträgen errichtet. Es kann daher die Frage entstehen, ob der Verzicht des Beklagten in den Verträgen mit dem Erblasser auch auf ein Erbrecht zu beziehen und für dasselbe von Wirksamkeit sei, welches der Erblasser ihm durch eine spätere letztwillige Disposition eingeräumt hat. Von einer Erörterung dieser Frage kann im vorliegenden Falle abgesehen werden. Auf sie kommt es erst an, wenn Beklagter in dem späteren Testament zur Erbschaft wirklich berufen ist. Dahin geht auch die Behauptung des Klägers, dem hierin der App.-Richter beipflichtet. Sie trifft aber nicht zu.

Die Vorschriften über die Rechte mehrerer eingesetzten Erben §§ 261 ff. I 12 ALR. enthalten verschiedene Regeln, wie es zu halten, wenn der Testator durch Bestimmung von Erbquoten oder eine regulirte Erbtheilung den Nachlaß nicht völlig erschöpft, oder schon zu Gunsten einiger Miterben erschöpft hat. Auf das hier vorliegende Sachverhältniß scheint der § 269 zu passen, welcher über den Fall disponirt, wenn die, einzelnen Miterben ausgesetzten, Erbquoten die ganze Erbschaft erfüllen und für andere, die zu unbestimmten Antheilen eingesetzt sind, nichts übrig bleibt. Im § 2 des Testaments hat der Erblasser vier Erben resp. Erbstränge ohne Bestimmung von Quoten ernannt, im § 3 verordnet, daß zwei von ihnen, jeder die Hälfte des Nachlasses erhalten sollen. Der § 269 schreibt für einen derartigen Fall eine Kürzung der festgesetzten Erbquoten dergestalt vor, daß jeder Miterbe zu einem nicht bestimmten Antheile, demjenigen, dem im Testamente der kleinste Theil beschieden ist, gleichgesetzt werden soll. Ist er zu einem Pflichttheile berechtigt, so muß ihm dieser gewährt werden, § 272. Die gedachte Regel ist indeß eine nur subsidiäre, die auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers beruht und nach demselben das Testament ergänzt. Sie findet aber keine Anwendung, wenn der Erblasser einen davon abweichenden Willen ausdrücklich ausgesprochen hat, und muß diesem nachstehen. Dies ist hier der Fall. Die Anwendung der §§ 269, 272 würde dem deutlich erklärten Willen des Erblassers direkt zuwiderlaufen, da er zugleich verordnet hat, daß zwei der Söhne in Folge seiner Zuwendungen bei Lebzeiten und ihrer auf Grund derselben vereinbarten Erbschaftsentsagung von seinem Nachlasse nichts, der dritte und die Kinder des vierten alles nach Abzug der Legate noch Vorhandene erhalten sollen.

Als Erbe ist derjenige zu betrachten, dem der Nachlaß als Inbegriff der Ver-

---

wonach auch, was ganz unbedenklich, die fideikommissarische Substitution Erbeinsetzung, wenn der Eingesetzte Erbe, §§ 50, 53, 56, 58, 259 h. t. Wie der Inhalt des Rechts entscheidend, nicht die Benennung, namentlich auch für die Frage, ob institutio in re singulari anzunehmen, dafür bietet die Praxis noch folgende Beispiele: In StrA. 4 S. 110 hatte der Erblasser erklärt, daß er keine Verwandten habe, seinen Nachlaß deshalb Personen, mit denen er befreundet, und den Armen zuwenden wolle, demnächst die Bestandtheile seines Vermögens angegeben und nun über diese zu Gunsten einzelner Personen verfügt, namentlich den Armen eine bestimmte Summe zu Errichtung einer Stiftung ausgesetzt. Hier hat das ObTr. mit dem 2. Richter Erbeinsetzung aller dieser Personen angenommen, weil der Erblasser ihnen offenbar seinen Nachlaß hatte zuwenden wollen und diesen Nachlaß zugleich unter sie vertheilt hatte, ein Fall, den § 255 h. t. ausdrücklich von dem der instit. in re sing. scheidet. Vgl. Erk. c. im Eingange. Die konkrete Sachlage wird allerdings auch hierbei entscheiden. In StrA. 8 S. 130 hatte der Testator seine Wittwe und zwei Töchter zu Erben eingesetzt, aber bestimmt, daß der Nachlaß an die Wittwe und die Kinder einer vorverstorbenen Tochter gelangen solle, die beiden Töchter nur je 50 mit Rücksicht darauf, daß sie durch ihre Ausstattung abgefunden,

mögensrechte und Pflichten des Erblassers ganz oder zu einem aliquoten Theile zufällt, § 350 I 9, §§ 3, 45 I 12 ALR. Diejenigen, denen aus dem Nachlasse nur bestimmte Summen oder Sachen beschieden worden, sind bloße Legatarien, wenn sie auch vom Erblasser als Erben bezeichnet werden, §§ 257, 258, 263 I 12. Hierin liegt eine Anwendung des allgemeineren Grundsatzes, daß für die Erbenqualität die Bezeichnung der betreffenden Person als Erbe nicht entscheidet, sondern der materielle Inhalt der letztwilligen Verordnung maßgebend ist. Demgemäß ist denn auch dem Beklagten die Erbschaft des Erblassers aus seinem Testamente, welches ihn von dem Nachlasse ausschließt, nicht angefallen. Seine Ernennung zum Erben hat einen andern Sinn. Der Erblasser hat dadurch ausdrücken wollen, daß seine Ausschließung von dem Nachlasse nicht als eine Enterbung aus Ursachen, die ihn zur Entziehung des Pflichttheils hätten berechtigen können, gedeutet werde. Wollte man aber selbst in dem Testamente eine Berufung des Beklagten zur Erbschaft finden, so mußte doch angenommen werden, daß die frühere Erbschaftsentsagung des Beklagten gegen ihn von Wirksamkeit sei, da ihm in dem Testamente keine Rechte und Zuwendungen unabhängig von der Entsagung zugewendet resp. beschieden sind. Demgemäß können hier die Vorschriften nicht Anwendung finden, daß sich der Erbe innerhalb der Ueberlegungsfrist über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft zu erklären hat, und daß er, wenn er sich nicht erklärt, derselben zum Nachtheile eines Dritten nicht mehr entsagen kann, §§ 383, 384, 412 I 9 ALR. Sie setzen einen geschehenen Erbanfall voraus, der hier nicht stattgefunden hat.

Gründe: b. Einer Erörterung der wenigstens nicht unbedenklichen Frage, ob es nach Preuß. R. zum Begriffe eines wechselseitigen Testaments unbedingt nothwendig sei, daß die testirenden Eheleute sich gegenseitig gerade zu Erben einsetzen, bedarf es hier nicht, weil jedenfalls die zweite Beschwerde begründet erscheint und bei der alsdann ermöglichten freien Prüfung und Beurtheilung des ganzen Sach- und Streitverhältnisses angenommen werden muß, daß die M.'schen Eheleute in ihrem wechselseitigen Testamente sich wirklich gegenseitig zu Fiduziarerben eingesetzt, ihre 4 Kinder aber re vera dem Ueberlebenden von ihnen nur fideikommissarisch substituirt haben.

Wenn der App.-Richter vermeint, in dem § 3 des Testaments liege keine Erbeseinsetzung des überlebenden Ehegatten, sondern nur die Legirung eines Nießbrauches, so beruht seine desfallsige Annahme keineswegs auf einer bloßen Auslegung des gedachten Testamentes, sondern in der That auf einer unrichtigen rechtlichen Beurtheilung, insbesondere auf der gerügten rechtsgrundsätzlichen Verletzung der §§ 4, 466 I 12 ALR.

Eine fideikommissarische Substitution ist vorhanden, wenn dem zuerst eingesetzten Erben oder Legatario die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft, oder das Vermächtniß, in den bestimmten Fällen, oder unter den angegebenen Bedingungen einem Andern zu überliefern, § 53 I 12 ALR. Bei einer solchen hat der eingesetzte

---

erhalten sollten. In diesem Falle waren die Töchter nicht Erben, nur Legatare, auch nicht Prälegatare, da das Prälegat stets Erbeinsetzung in Verbindung mit instit. in re singulari voraussetzt. Vgl. Erk. c.; vgl. auch StrA. 11 S. 268 unt. Nr. 230a, wo bestimmt, daß Vater und Bruder bestimmte Summen, die Wittwe das Uebrige erben solle; jene waren Legatare, diese die Erbin. In StrA. 18 S. 137 hatte A. in seinem Testament die Wittwe, mit der er in der landrechtlichen GG. gelebt, als Universalerbin, die Kinder als Legatare in die ihnen gesetzlich gebührende Hälfte des Nachlasses eingesetzt. Als ein Nachlaßgläubiger die Wittwe allein verklagte, wies das ObTr. die Klage ab, weil in Wahrheit die Kinder allein Erben, da die Wittwe ihre Hälfte als Eigenthum zurücknahm, §§ 637, 638 II 1, danach und nach § 661 II 1, § 127 I 17, die Kinder jedenfalls mitverklagt werden mußten. Mit dem wichtigen Erk. b. stimmt überein StrA. 88 S. 359, wo in wechselseitigem Testament Eheleute sich der Art zu Erben eingesetzt, daß der Letztlebende in ungestörtem Besitz und Nießbrauch lebenslänglich verbleiben, der dann vorhandene Nachlaß unter die Kinder vertheilt, ein noch nicht ausgestattetes Kind bei seiner Großjährigkeit 1000 als Ausstattung erhalten sollte. Hier konnte nicht zweifelhaft sein, daß der überlebende Ehegatte Erbe, er nicht etwa

Erbe oder Legatarius so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers, § 466. Hat der Testator dem Substituten ausdrücklich verboten, auf Vorlegung eines gerichtlichen oder eines eidlich zu bestärkenden Privatinventarii anzutragen, so ist anzunehmen, daß er denselben nur auf das, was bei dem Ableben des Eingesetzten noch vorhanden sein würde, habe substituiren wollen, § 471, und bei einer solchen fideikommissarischen Substitution in id quod super futurum erit, kann der eingesetzte Erbe über die mit der Substitution belegte Substanz zwar unter Lebendigen, aber nicht von Todeswegen verfügen, und auch unter Lebendigen kann er durch Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen, das Recht des Substituten nicht vereiteln, §§ 468, 469. Der technische Ausdruck einer fideikommissarischen Substitution ist in dem wechselseitigen Testamente freilich nicht gebraucht, es kann dies hier aber umsoweniger befremden, als kein gerichtlich aufgenommenes, sondern ein privatim errichtetes, versiegelt übergebenes Testament vorliegt, und den M.'schen Eheleuten die juristische Kunstsprache voraussetzlich weniger bekannt und geläufig gewesen sein wird. *Ohnehin aber kommt es nach dem ALR. bei der Ernennung eines Erben und besonders eines Fiduziarerben in dergleichen wechselseitigen Testamenten nicht gerade wesentlich auf die gewählten Ausdrücke und auf die Bezeichnung als „Erbe" an, vielmehr soll jede Erklärung eines Testators, woraus erhellet, daß er nach seinem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehrerer Personen habe zuwenden wollen, für eine Erbeseinsetzung erachtet werden*, §§ 4, 254 ff. I 12 ALR. StrA. 4 S. 110; 7 S. 160. An erster Stelle gilt, wie im Röm. R.: Facit totum voluntas defuncti, quid senserit, spectandum est, l. 35 § 3 D. 28, 5, — Sane in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda est, — l. 16 C. 6, 42, — so auch nach ALR. bei letztwilligen Erklärungen die Auslegungsregel, daß mehr auf die wahre Absicht des Testators, als auf die gebrauchten Worte zu sehen sei. Falsche Benennungen oder Bezeichnungen machen die Verfügung des Erblassers nicht ungültig, wenn nur sonst die wahre Absicht desselben deutlich erhellet, § 518 I 12. Geht man von diesen Grundsätzen aus, so läßt sich kaum verkennen, daß die eigentliche und wahre Intention der M.'schen Eheleute offenbar dahin gegangen ist: sich gegenseitig zu Erben einzusetzen, dem Ueberlebenden von ihnen aber ihre 4 Kinder fideikommissarisch, und zwar auf das, was bei eintretendem Falle noch vorhanden sein würde, zu substituiren.

Im Allgemeinen deutet auf eine solche gegenseitige Erbeseinsetzung der testirenden Eheleute in gewissem Grade schon die wiederholte Erklärung hin: daß sie ein wechselseitiges Testament errichtet hätten, worunter in ihrem Sinne, und nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte gerade eine derartige gegenseitige Erbesernennung voraussetzlich verstanden werden muß. Dem § 2 jenes Testamentes schließt sich sofort der § 3 beschränkend an. Hiermit sind dem überlebenden Ehegatten aber in der That, dem Wesen nach, alle Rechte eines Fiduziarerben, §§ 466 ff. I 12, und zwar in sehr ausgedehntem Maße eingeräumt worden, er darf kein offenes In-

---

auf Besitz und Nießbrauch eingeschränkt und insofern nur Legatar war. Aehnlich S. u. v. Str. R. 3 S. 80, 86, OHG. 19 S. 156, 157 (Einsetzung der Wittwe und der Kinder, der letztern in id quod supererit, Verpflichtung der Wittwe, den Kindern bei Etablirung oder Verheirathung bestimmte Summen auf Rechnung des Erbtheils zu zahlen. Die Wittwe Erbin, die Kinder Legatare bezüglich der Summen und substituirte Erben, nicht Miterben) und StrA. 45 S. 1. In letzterm Falle hatte A. im Testament Frau und Kinder zu Erben eingesetzt und bestimmt, *daß die Ehefrau statt ihres Erbtheils den Nießbrauch des Ganzen* bis zum 42. oder 32. Lebensjahre des einen Sohnes behalten, an den dann der ganze Nachlaß gegen eine von ihr zu bestimmende Abfindung seiner Geschwister und ein Ausgedinge für sie gelangen sollte. Als ein Gläubiger gegen die Wittwe und Kinder klagte, wurden die Passivlegitimation der Wittwe streitig, vom ObTr. aber bejaht. Es führte aus, es sei schon bedenklich, den § 263 h. t. zur Anwendung zu bringen, da Nießbrauch am Inbegriff nicht füglich als Anweisung *einer bestimmten* Sache zu bezeichnen. Noch weniger könnten die §§ 332, 333 h. t., wonach der Legatar die Gewährung des vollen Nießbrauchs ohne Theilnahme an den Schulden zu verlangen hat, angewendet werden, vielmehr sei in solchem

ventar einreichen, § 470, und ist von jeder Sicherstellung, Rechnungslegung und Verantwortlichkeit befreit, § 472. Die Testatoren bestimmen theils in ihrem Testamente, theils in späteren Nachträgen, was jedes ihrer Kinder an Mitgift und Aussteuer bereits erhalten habe oder bekommen solle, und was demselben auf sein Konto im Hauptbuche gut geschrieben wäre; dessen Schlußergebniß ist, daß jedem der genannten vier Kinder 12000 Rthlr. zum Voraus beschieden seien. Mit Bezug hierauf verordnen sie im § 5: Bei der Theilung muß sich ein jedes Kind das bereits Erhaltene auf den Erbtheil anrechnen lassen. Daß diese Theilung erst nach dem Tode des Ueberlebenden und namentlich erst nach dem Ableben der Wittwe eintreten sollte, ergiebt nicht blos per argumentum a contrario die beschränkende Bedingung des § 2 zu a, sondern es sprechen sich hierüber auch beide Testatoren in ihren späteren Kodizillen sehr bestimmt aus, § 556 I 12, § 71 I 4 ALR.

Beide Testatoren haben hiernach also in der That beabsichtigt, daß ihre vier Kinder erst nach dem Tode des Ueberlebenden von ihnen in ihren alsdann vorhandenen Nachlaß als Erben eintreten sollten, d. h. aber in der That nichts Anderes, als sie setzten sich gegenseitig zu Erben, allerdings jedoch nur als Fiduziarerben, ein und substituirten dem Letztlebenden ihre vier Kinder fideikommissarisch.

Mühlenbruch supponirt den Fall, der Testirer sage: ich setze meine Frau zur Erbin im Nießbrauche meines gesammten Vermögens ein, nach ihrem Tode soll N. mein Erbe sein! und deutet diese letztwillige Disposition sodann in folgender Weise: Legen wir den Maßstab des gemeinen Verstandes an die Interpetation dieser Worte, denken wir also, daß ein Nichtjurist sich so ausgedrückt habe, so hat er damit schwerlich einen andern Sinn verbunden, als den folgenden: ich setze meine Frau zur Erbin meines Gesammtvermögens ein, dessen Substanz aber nicht angegriffen, sondern unvermindert nach meiner Frauen Tode dem N. anfallen soll; oder, juristisch ausgedrückt: ich setze meine Frau zur alleinigen Erbin ein, es soll aber nach deren Tode die Erbschaft ohne allen Abzug dem N. (als fideikommissarischen Erben) restituirt werden. Die Fassung der Einsetzungsworte steht der Auslegung keineswegs entgegen, die Einsetzung des N. als eine fideikommissarische anzusehen, auch läßt sich zur Unterstützung derselben noch anführen, daß den Worten nach der Erblasser zwei Grade gemacht, oder dem eingesetzten Erben einen Andern fideikommissarisch substituirt hat.

Die letztwillige Disposition muß hiernach als ein wirkliches wechselseitiges Testament im Sinne des § 614 I 12, § 482 II 1 ALR. angesehen werden.

Gründe: c. Nach § 262 I 12 ALR. wird der Miterbe, dem vor den übrigen eine bestimmte Sache oder Summe vorausbeschieden worden, in Ansehung derselben als ein Legatar angesehen; und nach § 263 wird ebenso derjenige, welchem nur eine bestimmte Summe oder Sache im Testamente ausdrücklich zu seinem Erbtheil angewiesen worden, im Verhältnisse gegen die übrigen Erben als ein bloßer Legatar betrachtet; während aus den §§ 254, 255, 264 sich ergiebt, daß eine in der letztwilligen Verordnung des Testators enthaltene Theilung

---

Falle der Nießbr. seinem Gegenstande nach durch den Betrag der Schulden vermindert, der Nießbraucher jedenfalls aus diesem Gesichtspunkte zum Prozeß zuzuziehen, § 32a I 1 AGO., § 82 I 21. Auch in RG. 10 S. 264 ist als im gem. u. Preuß. R. anerkannter Grundsatz angenommen, daß der überlebende Ehegatte, dem der Nießbrauch hinterlassen, mit den Kindern als Substanzerben aktiv und passiv Recht zu nehmen hat. Ob in solchem Falle nicht in Wahrheit der Ehegatte Substanzerbe mit Fideikommiß an die Kinder, wie Erk. b. annimmt, wird dahingestellt. In dem vom RG. entschiedenen Falle waren die Söhne zu Erben eingesetzt, bestimmt, daß die Ehefrau das ganze Vermögen behalten, verwalten, nutzen, nutznießen, durch das Nutzungsrecht wegen ihres Pflichttheils abgefunden sein solle. Der Erblasser hatte sich in einem Vertrage verpflichtet, an B. jährlich ein gewisses Quantum auf der von ihm gepachteten Domäne zu erbauender Rüben zu liefern, und zwar bis 1897, wenn die Pacht so lange bestehe. Nach dem Pachtvertrage war die Wittwe nach dem Tode des Erblassers in die Pacht eingetreten, klagte aber trotzdem mit den Söhnen auf Anerkennung der Aufhebung des Rübenlieferungsvertrages, weil sie nicht Erbin, die Söhne nicht Pächter. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. Vom RG. ist dabei Gewicht auf die besondre Natur des Nieß=

seines Nachlasses, wodurch den einzelnen Erben bestimmte Gegenstände überwiesen sind, denselben auch dann die Eigenschaft wirklicher Erben nicht entzieht, wenn der Nachlaß durch diese Theilung nicht ganz erschöpft wird, sobald nur die Absicht des Testators, ihnen überhaupt und allein den ganzen Inbegriff seines Vermögens zuwenden zu wollen, aus seiner Verfügung erhellet.

Die Richter der beiden vorigen Instanzen kommen darin überein, daß sie die Revidenten im Sinne des § 263 als Legatarien ansehen, und hierin ist ihnen auch beizustimmen.

Der Sinn der Dispositionen des Testaments geht offenbar dahin, daß der Ehefrau des Testators als Universalerbin, wie er sie ausdrücklich bezeichnet, sein ganzer dereinstiger Nachlaß, wie sehr er auch etwa den in dem Testamente angedeuteten Bestand seines gegenwärtigen Vermögens übersteigen möchte, nur mit Ausnahme dessen, worüber er zu Gunsten seiner Kinder verfügt hatte, zufallen sollte; und es läßt sich hiernach nicht bezweifeln, daß ihr allein in der That der ganze Inbegriff jenes Nachlasses, nur mit der oben erwähnten Einschränkung, oder mit der Verpflichtung, den Kindern des Erblassers dasjenige zu gewähren, was ihnen von Letzterem zugewendet war, beschieden worden ist. Von einer bloßen Theilung, wobei die Kinder ebensogut, wie die Ehefrau als Erben desselben anzusehen wären, kann daher nicht die Rede sein; vielmehr sind namentlich die Revidenten, weil ihr Erbtheil ausdrücklich auf einen bestimmten Gegenstand angewiesen, ihrer Mutter aber in Wahrheit der ganze Inbegriff des Nachlasses zugewendet worden, allerdings im Sinne des § 263 I 12 ALR. als bloße Legatarien anzusehen, und es kann hierin nichts ändern, daß der Testator sie gleichfalls als Erben bezeichnet hat, § 257 a. a. O.

Während nun aber der erste Richter im Uebrigen aus dem § 257, sowie beziehungsweise aus dem § 298 I 12 ALR. weiter folgert, daß die Klägerin als Gläubigerin des Nachlasses sich wegen ihrer Befriedigung nicht an die Revidenten als bloße Legatarien, sondern nur an die Mutter derselben als wirkliche Erbin halten könne, geht der App.-Richter davon aus, daß derjenige, dem eine bestimmte Summe oder Sache zu seinem Erbtheil ausdrücklich angewiesen worden, in Gemäßheit des § 263 nur im Bezug auf die übrigen Erben als bloßer Legatar, den Gläubigern gegenüber aber ebenfalls als Erbe anzusehen und zu behandeln sei, und er hat deshalb die Revidenten, gleich ihrer Mutter, in der Eigenschaft wirklicher Erben ihres Vaters zur Zahlung verurtheilt.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Denn als wirklicher Testamentserbe ist überhaupt nur derjenige zu betrachten, dem der Testator entweder allein, oder gemeinschaftlich mit anderen Personen die Succession in den ganzen Inbegriff seines Nachlasses eröffnet hat, § 254, während alle diejenigen, denen nur bestimmte Gegenstände vermacht sind, der Kategorie der Legatarien anheimfallen. In Folge dessen schreiben die §§ 256, 257 vor, daß, sobald der Erblasser nicht über das Erbrecht, sondern nur über gewisse Stücke, Summen oder Antheile seines Nachlasses verordnet hat, das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben gelangt, daß diesen alsdann

---

brauchs in diesem Falle gelegt, nach welcher derselbe nicht allein im Interesse der Wittwe, sondern aller Interessenten konstituirt, die Wittwe zusammen mit den Kindern die Erbschaftsmasse repräsentire, auch Bezug genommen auf das Erk. b., das obige StrA. 45 S. 1 und den Fall in S. u. v. Str. R. 3 S. 80, wo die Erblasserin die Töchter erster Ehe ihres Sohnes zu Erben ernannt, dem Sohne der Nießbrauch bis zu ihrer Verheirathung oder Großjährigkeit ausgesetzt war. Die 2. Instanz sah in diesem Falle den Sohn als fiduciar, die Töchter als Fideikommissare an. Das ObTr. hat die Frage hier nicht direkt entschieden, die Klage eines Nachlaßgläubigers aber ohne weitere Begründung auch gegen den Sohn zugelassen.

Ob und inwieweit der Pflichttheilberechtigte Erbe, darüber vgl. zu II 2 §§ 378 ff. 391.

So wenig es darauf ankommt, ob der, der inhaltlich Erbe, Erbe **genannt**, so wenig kommt es darauf an, mit welchen Worten oder mit welcher Formel er bezeichnet, wenn der Wille des Erblassers ihn nur erkennbar bezeichnet; § 518 h. t. bezieht sich auch hierauf. Ein Beispiel giebt StrA. 96 S. 124, wo in einem Erbvertrag stipulirt, daß der **Erstversterbende** Erbe sein solle, was keinen Sinn hatte, während offenbar gemeint, daß der Letztlebende Erbe sein sollte, l. 4 C. de test. l. 5 C. d. hered. inst. l. 7 § 1 C. d. leg. §§ 65 ff.

alles zum Nachlasse Gehörige, soweit darüber nicht verfügt ist, anheimfällt, und daß es hierin nichts ändert, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er dergleichen bestimmte Theile, Stücke oder Summen zugewendet, Erben genannt haben sollte. Daß aber jener charakteristische und durchgreifende Unterschied in dem § 263 auch nur theilweise habe aufgehoben werden sollen, läßt sich durchaus nicht annehmen. Wer dem Begriffe, und der von dem Testator getroffenen Bestimmung nach, überhaupt als eingesetzter Erbe oder als bloßer Legatar anzusehen ist, muß nach allen Richtungen hin dafür gelten, und es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, der nicht zur Succession in den Inbegriff des Nachlasses berufen, sondern vielmehr nur mit einer bestimmten Summe oder Sache als sogenanntem Erbtheile bedacht worden, nicht blos in Bezug auf den, dem der Erblasser wirklich jenen ganzen Inbegriff beschieden hat, und dem daher ausschließlich das Prädikat und die Eigenschaft seines Erben zukommt, sondern auch den Nachlaßgläubigern gegenüber, als bloßer Legatar anzusehen und zu behandeln ist. Auch steht hiermit der § 262 nicht im Widerspruche, wonach der Miterbe, dem vor den übrigen eine bestimmte Sache oder Summe im Voraus beschieden worden, in Ansehung derselben als Legatar angesehen werden soll. Denn hierbei ist offenbar ein wirklicher Erbe, dem der Inbegriff des Nachlasses mit anderen Personen zugleich zugewendet worden, vorausgesetzt; und wenn ihm die doppelte Qualität eines Erben und eines Legatars zugeschrieben wird, so geschieht dies ganz zulässiger Weise nur in Bezug auf das Objekt der Zuwendung. Er ist Erbe in Betreff des Inbegriffs der Verlassenschaft, und er ist Legatar in Ansehung der prälegirten Sache; aber das Eine wie das Andere nicht nur seinen Miterben, sondern auch den Nachlaßgläubigern gegenüber.

Der vorige Richter hält sich an die im § 263 gebrauchten Worte: „im Verhältnisse gegen die übrigen Erben.“ Doch kann denselben der Sinn, den er ihnen beimißt, nicht untergelegt werden. Der § 263 gehört der Reihe der Bestimmungen an, welche von den Rechten mehrerer eingesetzten Erben handeln. Es kam mithin hier nur darauf an, die Stellung der von dem Testator ausschließlich auf einen bestimmten Gegenstand angewiesenen Personen zu den übrigen Erben, unter denen im Gegensatze mit jenen solche zu verstehen sind, denen wirklich der ganze Inbegriff des Nachlasses beschieden worden, zu bestimmen. Lediglich aus diesem Grunde ist offenbar im § 263 nur von dem Verhältnisse der einen zu den anderen die Rede. Die Bezeichnung der ersteren als Legatarien aber hat die nothwendige Folge, daß ihnen diese Eigenschaft nach allen Seiten hin beigemessen werden muß, und es läßt sich aus den gedachten Worten keineswegs schließen, daß sie ihnen, den Nachlaßgläubigern gegenüber, nicht habe zugeschrieben werden sollen. Auch gehen die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Legatarien und den Erben, insoweit es sich um den Beitrag der Ersteren zu den Erbschaftslasten und Schulden handelt, zugleich die Gläubiger

---

I 4 ALR. In ObTr. 10 S. 124 hatte A. in seinem gerichtlichen Testament 1820 seine Pflegetochter, nach deren Tode aber in einem neuen Testament 1831 deren Kinder zu Erben eingesetzt, 1840 einen Nachzettel deponirt, in welchem er die früher ausgesetzten Legate zurücknahm, weil sein Vermögen verringert, und bestimmte, daß seine Erben, die Kinder der Pflegetochter, zu ihrer Entrichtung nicht verpflichtet sein sollten. Auf Befragen hatte er erklärt, daß er sein Testament von 1831 zur Vermeidung von Verwirrungen und da der Nachzettel keine Abänderung der Erbeinsetzung enthalte, zurücknehmen wolle und es zurückgenommen. Nach seinem Tode klagten seine Intestaterben gegen die Kinder der Pflegetochter auf Herausgabe des Nachlasses, weil es an einer Erbeinsetzung für sie nach Rücknahme des Testaments von 1831 fehle, § 565 h. t., das ObTr. hat abgewiesen, weil der gerichtlich deponirte Nachzettel den Willen der Erbeinsetzung deutlich erkennen lasse, § 556 h. t., § 71 I 4. Von Bedeutung sind für diese Fragen namentlich die Auslegungsregeln der §§ 521, 526, 531 h. t. u. § 443 II 2. Der § 521 erhält im Erk. d. seine Auslegung, die Erk. d. u. e. behandeln die §§ 526, 531 h. t. Danach beschränkt sich der § 531 h. t. nicht absolut auf Legatare, Erk. d., kann aber ebensowenig wie 526 h. t. u.

sehr nahe an, und es läßt sich schon aus diesem Grunde die Ansicht des vorigen Richters nicht rechtfertigen.

Sind nun aber die Revidenten ebensowohl den Kreditoren ihres Vaters, wie ihrer Mutter gegenüber als bloße Legatarien zu betrachten, so durften sie auch nicht als Erben des Ersteren, wie geschehen, von der Klägerin in Anspruch genommen und zur Zahlung der geforderten Summe verurtheilt werden; vielmehr kommen hierbei die Vorschriften der §§ 298, 352 ff. I 12 ALR. in Anwendung, wonach die Erbschaftsgläubiger sich wegen ihrer Befriedigung an die wirklichen Erben zu halten haben, denen die Verwaltung und Vertheilung des Nachlasses, sowie die Regulirung des Geschäfts mit den Schuldnern und Legatarien obliegt und zusteht. Was gegen den Erben erkannt worden, müssen die Legatarien in Gemäßheit des § 298 ebenfalls gegen sich gelten lassen. Aber die Sache des Ersteren bleibt es, wie der § 333 ergiebt, den Letzteren die erforderlichen Abzüge zu machen, sobald die übrige Masse, nach Abrechnung der ausgesetzten Vermächtnisse, zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger nicht hinreicht; und wenn nun gleich den Kreditoren unbezweifelt der ganze Nachlaß verhaftet ist, ohne daß ihnen der zu Legaten bestimmte Theil desselben, insoweit er zur Deckung ihrer Ansprüche erforderlich ist, vorenthalten werden darf, so sind es doch immer nur zunächst die Erben, von welchen sie ihre Bezahlung unmittelbar fordern können.

Allerdings lassen sich Fälle denken, wo der Erbe die Legate ausgekehrt hat, ohne die Nachlaßgläubiger gebührend zu berücksichtigen, und ohne im Stande zu sein, ihnen aus eigenen Mitteln für den Schaden aufzukommen, in den er sie dadurch versetzt hat. Die Frage aber, ob und inwiefern die Kreditoren sich alsdann an die Legatarien selbst zu halten befugt sind, bedarf hier keiner weiteren Erörterung, weil ein solcher Fall gar nicht vorliegt. Denn die verwittwete H. ist im Besitze des Nachlasses ihres Ehemannes geblieben, und es genügt daher vollkommen, daß sie als Erbin zur Befriedigung der Klägerin, soweit die Masse, welche auch das Vermächtniß in sich schließt, reicht, bereits rechtskräftig verurtheilt ist. Sie muß soviel von dem Nachlasse, als zur Deckung des Anspruchs der Klägerin nöthig ist, hergeben. Sie hat es ihrerseits mit dem Revidenten auszumachen, inwiefern diese sich die Verwendung der ihnen vermachten Summe zu jenem Zwecke gefallen lassen müssen, und es läßt sich daher die von der Klägerin wider die Revidenten gerichtete Klage in keiner Art für statthaft erachten.

Gründe: d. Es ist unbedenklich richtig, wenn der App.-Richter annimmt, daß der Richter bei Auslegung eines letzten Willens eine nirgends darin ausgesprochene Erbeseinsetzung nicht fingiren, resp. nicht an Stelle des Testators erklären darf, es sei dessen Wille gewesen, daß ihn Jemand beerben solle, wenn diese Willensmeinung des Testators in rechtsgültiger Weise nicht ausgedrückt ist. Nicht minder ist anzunehmen, daß der § 521 I 12 ALR. nur dann anwendbar ist, wenn in der letztwilligen Verordnung etwas entweder fehlt, oder nicht bestimmt genug ist. Ebenso, daß, wenn der Testator Verwandte ohne Bestimmung der ihnen beschiedenen Antheile zu Erben berufen hat, diese Antheile nicht ohne Weiteres auf Grund des

---

§ 443 II 2 auf andre Kinder als die des Erblassers oder des eingesetzten Erben oder Legatars bezogen werden. In ObTr. 10 S. 124 war übrigens die Anwendung des § 531 auf Kinder des Erben direkt verneint. In S. u. v. Str. N. 2 S. 56 hatte der Testator wie im Falle Erk. d. seine beiden Brüder und die Kinder eines verstorbenen Bruders, je zu $^1/_3$, eingesetzt; die Kinder eines der eingesetzten, demnächst vor ihm verstorbenen Bruders sind zur Erbsch. zugelassen. In StrA. 5 S. 107 (vgl. Erk. d.) waren Stiefkinder eingesetzt; als die Kinder eines dieser, vor dem Erblasser demnächst verstorbenen Stiefkinder Erbrecht beanspruchten, ist es ihnen versagt, weil § 531 unanwendbar. Nach Erk. d. würde wohl auch hier konkret der Wille des Erbl. zu ermitteln, der § 443 II 2 allerdings unanwendbar gewesen sein. Sehr fraglich ist dagegen ObTr. 57 S. 192, wo dem § 443 II 2 und dem § 526 h. t. eine noch einschränkendere Bedeutung beigelegt ist. Die Eheleute D. hatten sich in wechselseitigem Testament gegenseitig und die Ehefrau für den Fall, daß der Ehemann unverheirathet sterben sollte, ihre Söhne erster Ehe zu Erben eingesetzt auf das, was von ihrem Nachlaß noch übrig sein sollte. Sie starb zuerst, wurde von dem Ehemanne beerbt, der unverheirathet starb, nach-

§ 521 nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, sondern vielmehr in der Regel nach den Vorschriften der §§ 261 ff. a. a. O. zu bestimmen sind, und daß sich nach diesen letzteren Vorschriften auch das Recht des Zuwachses richtet.

Diese Erwägungen rechtfertigen jedoch allein die den Kläger abweisende Entscheidung noch nicht, da sie wesentlich mit auf der Annahme beruht, daß der § 531 I 12 als eine ausdrücklich nur von Legaten sprechende Ausnahmebestimmung, auf Erbeseinsetzungen nicht anwendbar sei. Dieser Ansicht läßt sich aber in solcher Allgemeinheit nicht beitreten. Der § 531, aus dessen Fassung sich ein Verbot seiner Anwendung auf Erbeseinsetzungen nicht entnehmen läßt, enthält, in Betracht, daß, (wie sich aus den §§ 518, 519, 540, 547, 555, 556 a. a. O. ergiebt), der Grundsatz des Röm. R. (l. 35, § 3, D. 28, 5), daß es bei letztwilligen Dispositionen auf den wahren Willen des Testators ankomme, auch im ALR. anerkannt ist, keine spezielle, sich nur auf Legate beziehende, sondern eine allgemeine, nach jenem Grundsatze sich eigentlich von selbst verstehende Vorschrift. Nur soviel ist freilich gewiß, daß die betreffende Willenserklärung des Testators selbst schon diejenige Disposition andeuten (wie Koch sich ausdrückt: versteckt enthalten) muß, welche als von ihm beabsichtigt bewiesen werden soll. Hiernach kommt es in jedem einzelnen Falle auf die Sachlage an, also im vorliegenden Falle wesentlich und allein darauf, ob, da das Testament eine ausdrückliche Substitution der Kinder ihrer, bei dessen Errichtung noch lebenden, von ihr zu Erben mitberufenen drei Brüder nicht enthält, gleichwohl ihre testamentarischen Bestimmungen selbst schon ihren Willen, daß die Kinder dieser Brüder, falls letztere vor ihr sterben sollten, an deren Stelle treten sollten, mit Gewißheit oder mit mehrerer oder minderer Wahrscheinlichkeit erkennbar machen. Zur Entscheidung dieser Frage finden nach § 556 a. a. O. die für Willenserklärungen überhaupt gegebenen Auslegungsregeln Anwendung, und dazu gehört nach § 71 I 4 ALR. auch die, daß, wenn der Erklärende seinen Willen bei anderer Gelegenheit deutlich geäußert habe, das Dunkele einer streitigen Erklärung dieser deutlichen Aeußerung gemäß verstanden werden müsse. Es läßt sich nun, ebensowenig der Meinung der Revisen, daß bei der völlig bestimmten und klaren Angabe der Personen, welche in § 1 und 2 des Testaments zu Erben eingesetzt, mit Rücksicht auf § 65 I 4 die Anwendbarkeit des § 71 ganz ausgeschlossen bleiben müsse, beitreten, noch dem App.-Richter darin beipflichten, daß im vorliegenden Falle gar keine dunkele Erklärung vorliege, weil mit klaren Worten nur Chr. resp. Fr. C. instituirt sei. Denn die sonstigen Bestimmungen des Testaments können nicht unberücksichtigt bleiben, und es darf nicht außer Acht gelassen werden, weder, daß Chr. resp. Fr. C. nicht zum alleinigen Erben berufen, auch kein, zu den nächsten Intestaterben nicht gehöriger Fremder ist, noch, daß die Erblasserin keineswegs nur ihre noch lebenden Geschwister, sondern auch Kinder anderer Brüder zu Erben eingesetzt hat. Hierdurch wird es in der That zweifelhaft, wie ihre Erklärungen im § 1 und 2 des Testaments eigentlich gemeint gewesen sind, und es ist, zumal die Erblasserin bei dessen Errichtung zweifellos von der Absicht, ihren Nachlaß nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu vertheilen, geleitet worden ist, jedenfalls hinreichender Anlaß zu der Prüfung vorhanden, ob ihre testamentarischen Bestimmungen

---

dem er in einem Testament den Beklagten zu Erben eingesetzt. Die beiden Söhne der Ehefrau waren vor ihr verstorben, hatten aber Kinder hinterlassen, die vom Beklagten den Nachlaß der Ehefrau im Stande zur Zeit des Todes des Ehemanns forderten, weil dieser nach § 468 h. t. nicht befugt gewesen, ihnen denselben zu entziehen. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen, weil § 526 h. t. ebenso wie § 443 II 2 nur auf pflichttheilsberechtigte Abkömmlinge zu beziehen, solche nur soweit, als es sich um den Pflichttheil handle, an die Stelle der Eltern treten, die §§ unanwendbar, wenn diese nicht pflichttheilsberechtigt, was nicht der Fall, weil die beiden Söhne der Ehefrau D. völlig abgefundene Kinder, nach dem konkret zur Anwendung kommenden LübR. deshalb nicht pflichttheilsberechtigt. Das Hineinziehen des Pflichttheilsrechts in diese Auslegungsregel ist sehr bedenklich. Unbedenklich ist dagegen ObTr 47 S. 123 (StrA. 46 S. 117), wo Erben mit der Substitution ihrer Kinder, falls einer vor dem Testator sterbe, eingesetzt, die eingesetzte Pflegetochter, welche zur Zeit der Testamentserrichtung kinderlos verheirathet war, nachher geschieden wurde, vor dem Testator mit Hinterlassung eines unehelichen Kindes verstarb. Hier ist die Frage, ob dies Kind erbberechtigt

nicht, nach dem Wortlaute und Zusammenhange, ihren Willen dieser Absicht gemäß, dahin erkennen lassen, daß sie dadurch die gesetzliche Erbfolge ihrer Seitenverwandten nicht habe abändern, sondern bestätigen wollen.

Bei dieser Prüfung kommt in Betracht, daß nach dem in der Mark, in Folge der noch fortdauernden Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils des ALR. noch geltenden gemeinen Röm. R. die nächsten Intestaterben der Erblasserin zur Zeit der Errichtung ihres Testaments ihre vier lebenden Brüder und die Kinder ersten Grades eines verstorbenen Bruders waren. Sie hat nun die Erbtheile so angeordnet, wie sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge zu stehen gekommen sein würden, im Wesentlichen also die Intestaterbfolge ihrer Geschwister und deren Kinder in ihrem Testamente bestätigt. Und es läßt sich mit einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit annehmen, daß sie überhaupt testamentarisch nur deshalb verfügt habe, weil sie Legate aussetzen und den Bruder L. unbeschadet des Nießbrauchs seiner Intestat-Stammportion, durch Berufung seiner Kinder als Substanz-Erben, in der Verwaltung und Dispositionsbefugniß in Betreff dieser Erbportion beschränken wollte. Sowie in der Verordnung, daß die Kinder des verstorbenen Bruders H. an Stelle ihres Vaters ein Fünftel ihres Nachlasses erhalten sollten, ihr Wille, den Kindern dieses Bruders soviel zuzuwenden, als dieser erhalten haben würde, wenn er nicht schon gestorben wäre, deutlich an den Tag gelegt ist, so läßt sich auch in der den Bruder L. und dessen Kinder betreffenden Bestimmung, ihre wohlmeinende Absicht erkennen, daß diesen Bruderkindern die Intestat-Stammportion ihres Vaters gesichert bleiben solle, auch wenn dieser erst nach ihr sterben würde. Diese Fürsorge läßt aber der gegründeten Vermuthung Raum, daß es der Wille der Erblasserin gewesen sei, in Betreff der Kinder ihrer anderen, damals noch lebenden Brüder keine solche Abweichung von den, im Uebrigen von ihr ausdrücklich bestätigten Intestaterbfolge-Regeln eintreten zu lassen, daß dieselben für den Fall, daß ihre Väter vor ihr sterben würden, nicht an deren Stelle treten, sondern von der Erbfolge in ihrem Nachlaß ganz ausgeschlossen sein sollten. Dies hat sie weder ausgesprochen, noch läßt sich dies aus den von ihr im Testamente gebrauchten Worten entnehmen, dessen ganzer Inhalt läßt vielmehr auf das Gegentheil schließen. Daß hierüber eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, macht jedoch die testamentarische Willenserklärung dunkel, und der Zweifel, ob durch das, was sie gesagt hat, hinreichend ausgedrückt ist, daß auch die Kinder ihrer damals noch lebenden drei Brüder nach den Regeln der Intestat-Erbfolge, gleich den Kindern der Brüder H. und L., an ihrer Väter Stelle treten sollten, läßt es sonach unter allen hier vorliegenden Umständen zulässig erscheinen, die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 521, 531, 556 I 12 und § 71 I 4 ALR. zur Anwendung zu bringen.

Auf gleichen Grundsätzen beruht auch die in einem der individuellen Lage des vorliegenden wesentlich gleichen Falle von dem ObTr. am 13. Dez. 1810 S. u. v. Str. R. 2 S. 56 gefällte Entscheidung, und es ist davon keineswegs in späteren Präj. abgegangen worden. Denn dem von den Verklagten in Bezug genommenen Erk. v. 6. April 1839 (Schles. A. 3, S. 612) lag, wie in dessen Gründen ausdrück-

---

an Stelle der Mutter, von allen Instanzen bejaht. § 526 h. t. stellt nur eine positive Interpretationsregel darüber auf, daß unter Kindern nicht blos Kinder ersten Grades zu verstehn, nicht, daß uneheliche Kinder darunter nicht zu verstehn.

Wenn mehrere Erben ernannt, geben die §§ 261, 264 ff. eventuelle Vorschriften über die Theilung, wenn sie der Erbl. nicht selbst bestimmt. Auch hier kann Auslegung zu einem andern Resultate führen. In StrA. 64 S. 228 z. B. hatte der Vater seine einzige Tochter, deren Ehemann und Kinder zu Universalerben eingesetzt. Hier ist angenommen, daß der Erblasser unmöglich unter möglicher Verletzung des Pflichttheilsanspruchs der Tochter die mehreren Erben habe zu gleichen Quoten einsetzen wollen können. Wahrscheinlich war die Einsetzung der Tochter als Haupt-, des Ehemanns und der Kinder als Nacherben; der 2. Richter hatte drei Quoten (Tochter, Ehemann, Kinder) angenommen, bei welcher thatsächlichen Auslegung das ObTr. es beließ.

Zu den §§ 269—272 h. t. vgl. ObTr. 39 S. 212 bei II 2 § 444 über das Akkrescenzrecht, welches zu der Wirkung der Erbeinsetzung und des Erberwerbs gehört, unt. Nr. 233.

lich hervorgehoben wird, insofern kein vollkommen gleiches Sachverhältniß zu Grunde, als in diesem Falle im Testamente nur Geschwister, nicht aber zugleich auch schon Kinder eines verstorbenen Bruders zu Erben eingesetzt waren. Das Erk. v. 21. Juni 1844 ObTr. 10 S. 125 kann um so weniger in Betracht kommen, als der betreffende Testator Personen zu seinen Erben berufen hatte, welche nicht zu seinen Verwandten gehörten. Ebensowenig stehen mit der Entscheidung v. 13. Dez. 1810 die Erk. v. 17. März 1852 und 22. Mai 1857 StrA. 5 S. 107, 24 S. 333*) im Widerspruch, weil es sich im letzteren Falle um eine codicillarisch angeordnete Aenderung der im Testamente bestimmten Erbquoten handelte, im ersten Falle aber die Rechte von Erbesprätendenten streitig waren, welche nicht zu den nach der Intestaterbfolge zu Erben der Testatrix gehörenden Personen gehörten, und überdies das ObTr. an die faktische Feststellung des App.-Richters gebunden war, daß kein Fall vorliege, wo es auf die für die Deutung letztwilliger Verordnungen in zweifelhaften Fallen gegebenen Auslegungsregeln ankommen könne.

Gründe: e. Die Parteien stimmen darin überein, daß unter „Völkenkinder" Geschwisterkinder zu verstehen sind. Dies entspricht auch dem Inhalte des Testaments. Denn der verstorbene Ehemann der Erblasserin hat keine Geschwister gehabt und die im Testament als Völkenkinder näher bezeichneten Personen stellen sich nach der von den Parteien als richtig anerkannten Stammtafel als solche dar, welche mit dem verstorbenen Ehemannn der Erblasserin in dem Verhältnisse von Geschwisterkindern stehen, indem sie Kinder der Geschwister des Vaters des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin, also dessen Cousins und Cousinen sind. Der Ausdruck „Geschwisterkinder, Völkenkinder" kann je nach den Beziehungen eine verschiedene Bedeutung haben. Unter den Völkenkindern, Geschwisterkindern des verstorbenen Ehemanns der Erblasserin, können verstanden werden die Kinder seiner Geschwister; es sind darunter aber auch die Personen zu verstehen, welche zu ihm in dem Verhältnisse von Geschwisterkindern stehen, d. h. die Kinder der Geschwister seines Vaters. Die erste Bedeutung des Ausdrucks kann auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, weil der verstorbene Ehemann der Erblasserin in der That keine Geschwister, also auch keine Geschwisterkinder in diesem Sinne gehabt hat. Mit Recht sind daher die Parteien darin einverstanden, daß unter den von der Erblasserin in ihrem Testamente bezeichneten Völkenkindern ihres verstorbenen Mannes die Kinder der Geschwister seines Vaters zu verstehen sind, welche mit ihm in dem Verhältnisse von Geschwisterkindern zu einander stehen. In diesem Sinne bezieht sich aber der Ausdruck „Völkenkinder" nicht auf die Abstammung in auf- oder absteigender Linie; vielmehr bezeichnet er den Grad der Verwandtschaft in der Seitenlinie, in welchem die als Völkenkinder zu Erben eingesetzten Personen zu dem verstorbenen Ehemanne der Erblasserin stehen. In dem Testamente sind auch nicht die Kinder der Geschwister des Vaters des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin im Allgemeinen, sondern nur die Völkenkinder des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin, also Seitenverwandte eines bestimmten Grades desselben, zu Erben eingesetzt, und der

*) Vgl. unt. Nr. 225.

Nach §§ 47—49 h. t. darf aber die Benennung des Erben oder Legatars der Willkür eines Dritten nicht überlassen werden, weil darüber nur der Wille des Testators entscheiden und dieser Wille gewiß sein soll, die Ernennung auch nur in der letztwilligen Verordnung selbst oder einem ihr beigefügten Aufsatz, nicht durch Bezugnahme auf einen anderen, nicht beigefügten Aufsatz erfolgen, §§ 47, 48. Ein Beispiel hierzu giebt ObTr. 19 S. 171 unt. Nr. 225 u. 234. Zu § 49 h. t. ist in StrA. 23 S. 352 angenommen, daß der Wille genügend gewiß, wenn ein Bruder eingesetzt und ihm für den Fall seines früheren Todes derjenige Bruder substituirt, der die meisten Güter des Vaters ererbt hat. In StrA. 26 S. 142 hatten Eltern ihre 5 Kinder eingesetzt und bestimmt, daß nur eines das ganze Vermögen übernehmen, daß dies Kind durch bestimmte genannte Personen ausgewählt, seinen Geschwistern eine bestimmte Abfindungssumme zahlen und sie verpflegen und ernähren solle. Dies ist für zulässig erachtet; ebenso in ObTr. 37 S. 187 die Berufung mehrerer Erben mit der Bestimmung, daß einer unter ihnen die Wahl dessen haben solle, der in den Hofbesitz gelange.

Ausdruck „Kinder" in der Zusammensetzung „Völkenkinder", in diesem Sinne, entspricht keineswegs den Voraussetzungen des § 526 I 12 ALR., auf welchen die Verklagten ihr Erbrecht hauptsächlich stützen. Aus der Bestimmung desselben ergiebt sich mit Berücksichtigung des im folgenden § 527 berührten Falles, wenn der Erblasser den Kindern eines Anderen ohne weitere Bestimmung etwas vermacht hat, daß die Auslegungsregel des § 526 nur auf die Fälle zu beziehen ist, wenn in dem Testamente von des Erblassers eigenen, oder von den Kindern des Erben oder Legatarii die Rede ist. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Denn in dem Testamente der Erblasserin ist weder von deren eigenen, noch von den Kindern eines Erben oder Legatarii, noch von den Kindern eines Anderen ohne weitere Bestimmung die Rede: vielmehr sind darin die Völkenkinder des verstorbenen Ehemanns der Erblasserin, ohne deren Nachkommenschaft Erwähnung zu thun, zu Erben eingesetzt, worunter eben nur die Personen verstanden werden können, welche zu dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin zur Zeit ihres Todes in dem bestimmten Verhältnisse der Seitenverwandtschaft als Geschwisterkinder gestanden haben. Zu diesen können aber die Verklagten nicht gerechnet werden, da sie nicht Geschwisterkinder mit dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin, sondern Nachkommen solcher Geschwisterkinder desselben sind, welche bereits vor der Erblasserin mit Tode abgegangen waren. Der im Testamente gebrauchte Ausdruck „Völkenkinder" kann daher mit dem Ausdrucke „Kinder der Völken, Geschwister des verstorbenen Ehemanns der Erblasserin", nicht vertauscht werden; auch können sich die Verklagten nicht zu den Völkenkindern rechnen, da sie nach ihrem Verwandtschaftsverhältniß Kinder von Völkenkindern, also Völkenkinderkinder oder Annerbölkenkinder sind. Damit beseitigen sich die Ausführungen, welche die Verklagten auf Grund der Vertauschung des Ausdrucks Völkenkinder mit Kinder der Geschwister machen, wobei sie noch ganz willkürlich an die Stelle des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin dessen Vater setzen. Jeder Zweifel darüber beseitigt sich von selbst, wenn man den im Testamente gebrauchten Ausdruck „Völkenkinder" durch den ganz gleichbedeutenden „Cousin und Cousine" vertauscht, worunter deren Abkömmlinge jedenfalls nicht verstanden werden können.

Außerdem kann auch nicht zugegeben werden, daß der Sprachgebrauch des ALR. fast stets die eheliche Descendenz unter dem Ausdrucke „Kinder" versteht. Der § 40 I 1 ALR. besagt nur, daß wenn von Familienverhältnissen die Rede ist, unter Eltern und Kindern die Verwandten in auf- oder absteigender Linie ohne Unterschied des Grades zu verstehen sind. Der § 1145 I 11 ALR. spricht in Bezug auf den Widerruf von Schenkungen aus, daß unter dem Ausdrucke „Kinder" alle Descendenten aus einer Ehe zur rechten Hand verstanden werden, sofern ihnen nach den Gesetzen ein Pflichttheil aus dem Nachlasse des Geschenkgebers gebühren würde; und der § 1972 II 8 ALR. wiederholt nur in Bezug auf das Versicherungswesen die Vorschrift des § 40 I 1 ALR. Alle diese Bestimmungen beziehen sich nur auf das Verwandtschaftsverhältniß in auf- und absteigender Linie, rechtfertigen aber keineswegs den Schluß, daß unter „Kindern" in Zusammensetzung mit anderen Ausdrücken und in anderen Beziehungen überhaupt die Descendenz zu verstehen sei.

In ObTr. 39 S. 79 (StrA. 31 S. 4) ist § 49 für unanwendbar in dem Falle erklärt, wo der Legatar benannt, dem arbitrium der Testamentsexekutoren mit Ausschluß gerichtlicher Kognition(?) aber die Bestimmung übertragen, ob der Legatar bis zur Großjährigkeit, dem dies legati, sich so betragen, daß das Legat an ihn auszuzahlen, §§ 516, 517 h. t. In StrA. 47 S. 14 ist § 49 auch nicht angewendet, wo in einem gemeinsch. Testament der eine Ehegatte den Erben des andern ein Legat ausgesetzt und dem überlebenden Ehegatten die Bestimmung übertragen, wer von den Erben es erhalten solle.

Dem ALR. eigenthümlich ist die Behandlung des Prälegats § 272 h. t., vgl. Windscheid 3 § 627. Daß der Prälegatar mit dem Legat auch den Gläubigern gegenüber nicht Erbe, nur Legatar, führt das Erk. c. aus. Darüber, daß Gegenstand des Prälegats Alles sein kann, was Gegenstand des Legats sein kann, vgl. ObTr. 11 S. 276 (liberatio legata) unt. Nr. 231. Vgl. dies Erk. auch Nr. 169, Bd. 1 S. 903 (Erk. a.).

Nr. 230a. §§ 61—65, 259, 260; §§ 478—517 (II 18 §§ 218, 219), §§ 50—60, 458—477; §§ 534, 535 (II 2 § 443); I 9 § 369; 16 § 481. Erbeinsetzung u. Vermächtniß. Beschränkung. Bedingung. dies, modus. Die (gem. u. fideikommissarische) Substitution. fideic. in id quod supererit.*)

a. Erk. v. 16. Mai 1862; ObTr. 47 S. 118.
b. Erk. v. 30. Mai 1853; ObTr. 26 S. 14 (StrA. 9 S. 211).
c. Erk. v. 15. Nov. 1875; ObTr. 76 S. 163.
d. Erk. v. 27. Febr. 1854; ObTr. 27 S. 340 (StrA. 12 S. 177).

Im Falle a. hatte der Testator die Kinder seines Bruders unter der Bedingung zu Erben eingesetzt, dass ihr Vater binnen drei Monaten nach Eröffnung des Testaments anerkenne, dass er gegen den Testator und dessen Vater keinerlei Ansprüche habe. Dies geschah nicht, weil der Bruder vor dem Testator starb. Die Kinder klagten indessen trotzdem auf Grund § 505 h. t. auf Anerkennung ihrer Erbqualität. Das ObTr. hat abgewiesen. — Im Falle b. hatte der Testator seine Frau und drei Töchter zu Erben eingesetzt mit der Bestimmung, dass die Töchter u. A. den beweglichen Nachlass zu gleichen Theilen erhalten, die dazu gehörigen Gemälde und Gewehre aber den Kindern der Töchter bewahrt bleiben sollten. Nach dem Tode der Frau und zweier Töchter befand sich die dritte Tochter im Besitz der Gemälde und Gewehre und wurde von dem einen Enkel, welcher Erbe der beiden andern Töchter, auf Einwilligung in die Theilung der Sammlung und Herausgabe von zwei Dritteln derselben belangt. Sie wendete vorweg ein, dass sie nicht passiv legitimirt, weil sie nicht Eigenthümerin, ihre eignen Kinder als Substituirte mitbelangt werden müssten. Dies ist in 2. und 3. Instanz verworfen. — Im Falle c. hatte die Testamentserbin, welcher ihre Kinder erster Ehe fideikommissarisch substituirt waren, ein zum Nachlass gehöriges Grundstück im April 1872 an A. verkauft und übergeben, A. das Grundstück im September 1872 für ein Darlehn dem B. verpfändet, der Hypothekenrichter die Eintragung des A. und der Hypothek abgelehnt, weil der Kaufvertrag der Genehmigung der substituirten Erben bedürfe. Diese Genehmigung wurde nach dem 1. October 1872 beigebracht, die Eintragung nunmehr aber abgelehnt, weil es nach dem 1. Oktober 1872 der Auflassung bedürfe. Demnächst wurde der Konkurs über A. eröffnet, das Grundstück an den Konkursverwalter aufgelassen, der Eintragung der Hyp. für B. aber widersprochen. Als B. auf Bewilligung der Eintragung klagte, wiesen beide Instanzen ab, der 2. Richter, weil A. mangels der Genehmigung der substituirten Erben erst durch die Auflassung nach dem 1. Oktober 1872 Eigenthümer geworden, die vorher bestellte Hyp. nicht konvalescirt. Das ObTr. hat jenen Grund verworfen. — Im Falle d. hatten die M.'schen Eheleute 1806 ihre drei Kinder zu Erben eingesetzt und einem derselben, dem Sohne Fr. M., falls er unverheirathet und kinderlos sterbe, die Kinder der beiden andren fideikommissarisch substituirt. Die Eheleute starben 1809 und 1812, der Fr. M. erst 1846, nachdem von den beim Tode des letztlebenden der M.'schen Eheleute vorhandenen 14 substituirten Kindern seiner beiden Geschwister vor ihm 5 gestorben waren. Bei der Erbtheilung entstand Streit darüber, ob an dem Nachlass des Fr. M. nur die bei seinem Tode lebenden Geschwisterkinder, oder auch die Erben der vor ihm verstorbenen participirten. Das ObTr. hat Letztres angenommen.

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 554—556, 557—561; Dernburg 3 §§ 123—126, 155—160, 162; Förster (Eccius) 4 §§ 250, 251 III 2, § 275. — Ueber die Pupillarsubstituten vgl. zu II 2 §§ 521 ff. — Abweichend vom RR. sind Bedingungen, dies, modus

Gründe: a. Die Redaktoren des ALR. sind anfänglich davon ausgegangen, daß die Wirkungen der den letzten Willensverordnungen beigefügten Bedingungen möglichst einzuschränken seien, und es haben namentlich Klein und v. Kircheisen darauf abzielende Vorschläge gemacht. (Vgl. Bornemann, Syst. VI S. 115.) Bei der weiteren Bearbeitung wurde indessen angenommen, daß für alle Arten von Willenserklärungen dieselben Grundsätze festzusetzen seien, und davon wurden in dem gedr. Entwurf bei letztwilligen Erklärungen nur Ausnahmen in §§ 47, 48 gemacht. Im ALR. ist auch die zuletzt gedachte Ausnahme nicht beibehalten worden, § 64 I 12, und im § 62 generell angeordnet, was von bedingten Willenserklärungen überhaupt vorgeschrieben ist, gilt auch bei letztwilligen Verordnungen. Eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften macht § 505 I 12. Mit Recht nimmt der App.=Richter an, daß die darin ausgesprochene Ausnahme von der Regel nicht über den vorgesehenen Fall hinaus ausgedehnt werden darf. Nun handelt der § 505 nur von solchen Bedingungen, welche der Erbe oder Legatar selbst zu erfüllen hat, wie sich unzweideutig daraus ergiebt, daß dem Erben oder Legatario die Erfüllung der Bedingung unmöglich geworden ist. Das läßt sich nur von einer solchen Bedingung sagen, die vom Erben oder Legatar selbst zu erfüllen war. Dafür spricht ferner der ganze Zusammenhang der Vorschriften über die Erfüllung der Bedingungen vom § 491 ab, worin nur von solchen Bedingungen gehandelt wird, die vom Erben oder Legatar zu erfüllen sind.

Im vorliegenden Falle ist aber nicht die Handlung des Erben, sondern die eines Dritten, seines Vaters, zur Bedingung gestellt, und auf eine solche Bedingung kann daher der § 505 nicht zur Anwendung gebracht werden.

Wenn Implorant dagegen hervorhebt, zu einer solchen Unterscheidung sei kein Grund vorhanden, weil der Erbe oder Legatar allein dabei interessirt sei, daß die

---

für Erbeinsetzung und Vermächtniß im ALR. gleichmäßig behandelt, nach § 259, 260 der Satz: semel heres, semper heres fortgefallen und damit die Behandlung der Substitution eine andere geworden. Ueber den modus vgl. Nr. 70, Bd. 1 S. 272. In StrA. 24 S. 42 u. 28 S. 150 wird die Frage, ob bei Unmöglichkeit der Erfüllung des modus die Verpflichtung fortfällt und die Frage nach der Konversion des modus qualific. für gem. R. im Wesentlichen wie für das Preuß. R. entschieden, vgl. l. 92 § 1 D. de leg. I.; l. 8 § 7 D. 28, 7; l. 21 § 3 D. 33, 1; l. 17, l. 6 D. 33, 2; l. 6 pr. l. 27 D. 35, 1; l. 13 § 2 D. 35, 3; l. 17, l. 16, l. 6 D. 33, 2; l. 2 § 7, l. 71 D. 39, 5. Die mehrfach vom R. R. abweichende Behandlung der Bedingung, vgl. besonders § 63 h. t., ist bekannt. Von besondrer Bedeutung ist der § 485 h. t. mit seiner Einwirkung auf die Vererblichkeit des bedingten Rechts, woraus namentlich auch die Vererblichkeit des Rechts aus der Substitution, wenn der Substitut nur wie der bedingt Bedachte den Tod des Testators erlebt, herzuleiten. Vgl. darüber Nr. 68 Bd. 1 S. 268 und weiter unten. Zu verweisen ist bezüglich der Bedingung nur noch auf das unbedenkliche Erk. a. und das unt. Nr. 230 bei § 49 h. t. erwähnte Erk. ObTr. 39 S. 79 (StrA. 31 S. 4), welches die Frage behandelt, ob der Testator den Fortfall des Legats (Erbeinf.) auch von dem arbitrium des Testamentsexekutors abhängig machen kann. Daß § 49 auf solchen Fall nicht zutrifft, ist unbedenklich, bedenklicher, was das Erk. annimmt, ob das arbitrium merum tertii über den Fortfall entscheiden darf. Daß § 517 das arbitrium tertii nicht ausschließt, da § 517 als Vorschrift öffentlichen Rechts nicht anzusehn, nur als subsidiäre Vorschrift, mag zugegeben werden können, ob aber diesem arbitr. gegenüber jede gerichtl. Kognition auf Anrufen des Betroffenen auszuschließen, ist sehr fraglich. In dem Falle war dem Testamentsexekutor die Entscheidung darüber übertragen, ob der Legatar sich der Verschwendung ergeben, großen Leichtsinn gezeigt oder überhaupt unfähig, selbst Vermögen zu verwalten; falls der Exekutor dies nach freiem Ermessen bejahe, sollte das Legat wegfallen. Das ObTr. hat angenommen, daß damit in das Ermessen des Exekutors gestellt, ob er das Legat gewähren wolle oder nicht.

Eine gesetzliche Vermuthung für eine Bedingung beim Legat statuirt §§ 218, 219 II 18; danach fällt das dem künftigen Vormund im Testament ausgesetzte Legat fort, wenn er nicht Vormund wird.

Wie Bedingung und dies so behandelt das ALR. auch die Substitution, gemeine wie fideik., gleichmäßig für Erbeinsetzung und Vermächtniß, §§ 51, 53, 458, 466 h. t., und es unterliegt deshalb keinem Bedenken, daß auch § 52 h. t. sich auf Erbeinf. und Legate bezieht,

gestellte Bedingung erfüllt werde, und es seine Sache sei, allenfalls durch Aufwendung von Opfern im betreffenden Falle den Dritten zu veranlassen, daß derselbe die als Bedingung gestellte Handlung vornehme, so kann das nicht als entscheidend angesehen werden. Denn das Gesetz macht die Art der Bedingung nicht von dem Interesse des Berechtigten abhängig, sondern unterscheidet gerade in dem vom Imploranten angezogenen § 105 I 4 ALR. zwischen Bedingungen, die von der freien Handlung des Berechtigten und solchen, die von der freien Handlung eines Dritten abhängen. Wenn nun aber der § 505 I 12 nur von solchen Bedingungen zu verstehen ist, die von einer freien Handlung des Erben oder Legatars abhängen, so folgt daraus, daß er nicht auf solche Bedingungen bezogen werden kann, die von der Handlung eines Dritten abhängen, weil er eben nur eine Ausnahme von der Regel feststellt.

Gründe: b. Der Präjudizialeinwand der mangelnden Passivlegitimation beruht darauf, daß die Verklagte als fiduciaria nicht Eigenthümerin der in Anspruch genommenen Sammlungen sei, die Klage daher zugleich gegen die fideikommissarischen Erben habe gerichtet werden müssen. Der App.=Richter führt hiergegen aus, daß ein Fiduziarius für den wahren Eigenthümer der mit einem Fideikommisse belasteten Erbschaft zu halten, der Fideikommissar aber nur ein rein obligatorisch Berechtigter sei, demnach der Kläger seinen Antrag auf reelle Theilung gegen die Verklagte ohne Zuziehung der fideikommissarischen Substitution habe stellen dürfen. Die Beschwerde vermag diese Entscheidung in keiner Weise zu erschüttern. Zuvörderst ist: A. die Ansicht, daß der Fiduziar nur Nießbraucher sei, bestimmt zu verwerfen. Schon das unt. Nr. 578 eingetragene Präj. des ObTr. spricht aus: der heres fiduciarius erwirbt das Eigenthum der ihm zugefallenen Erbschaft. Die

---

Präj. 1953 ObTr. 15 S. 502 (ohne Gründe), obwohl er nur von der Erbeinf. spricht. Einen Fall gemeiner Substitution statuirt das Gesetz in § 443 II 2, insofern das Kind des eingesetzten Kindes, auch wenn seiner im Testamente nicht ausdrücklich gedacht, nach dem präsumtiven Willen des Erblassers an die Stelle des parens tritt, der vor dem Erbl. gestorben; ebenso für Legate der § 531 h. t. Vgl. unt. Nr. 230. Erbeinsetzung ist auch die gemeine Subst. eines Erben. Für sie gilt, wie für die fideik. Subst., was bereits unt. Nr. 225, 230 hervorgehoben, daß sie nur in der Form des Testaments oder des Erbvertrages, § 632 h. t., StrA. 60 S. 20, geschehn kann, die Substitution in Legat auch in der für die Vermächtnisse überhaupt zugelassenen Form. Vgl. ObTr. 76 S. 338 (StrA. 95 S. 175) unt. Nr. 225. Auch die §§ 44—49 finden auf die Subst. Anwendung, vgl. z. B. StrA. 23 S. 354 unt. Nr. 230, ebenso Alles, was über Erbeinsetzung und Vermächtniß unt. Nr. 230 gesagt. Vgl. Erk. b. Nr. 230. Der Zusammenhang der Substitution mit der Bedingung und dem dies zeigt sich in den §§ 259, 478, 480, 485, 486 h. t. Danach wird Erbeinsetzung und Vermächtniß unter susp. oder resol. Bedingung oder mit dies ebenso behandelt, wie die fideik. Substitution, was z. B. für das betagte Legat und die Anwendung des § 290 h. t. auf dasselbe von Bedeutung ist. Vgl. StrA. 94 S. 342 unt. Nr. 231. Eine fideikommissarische Substitution zu Gunsten der Erben des Honorirten versteht das Gesetz nach §§ 534, 535 h. t. unter dem dort erwähnten Veräußerungsverbot; danach unterliegt es keinem Zweifel, daß beide §§, namentlich § 535 da nicht anwendbar, wo das Verbot nicht unbedingt, sondern nur auf eine bestimmte Zeit, also nicht zu Gunsten der Erben, sondern zu Gunsten des Honorirten selbst, z. B. zum Schutz gegen seine Gläubiger, erlassen ist, ObTr. 24 S. 93 (StrA. 8 S. 64). Vgl. hierüber und über Beschränkungen dieser Art unt. Nr. 52, Bd. 1 S. 196, 197; StrA. 35 S. 28, das. S. 198. Die Substitution selbst kann als Erbeinf. oder Vermächtniß wieder bedingt sein. Vgl. Erk. d.

Der Untersch. zwischen der gem. und der fideik. Substitution besteht darin, daß bei jener der Substitut, wenn der Fall eintritt, sofort und von vornherein statt des Instituten, bei dieser zuerst der Institut und nach ihm der Substitut Erbe ist. Aus dieser Nacheinanderfolge zweier Erben in denselben Nachlaß sind bei der fideik. Substitution die in den Erk. b. c. d. behandelten Streitfragen über das Recht des Vorerben, fiduciarius, an den Nachlaß, das Recht der Nacherben, fideicommissarius, an dem Nachlaß und das Verhältniß Beider zu einander und zu Dritten entstanden.

Bezüglich des Rechts des fiduc. an dem erworbenen Nachlaß besteht nach der kon=

§§ 466, 467 I 12 ALR. bestimmen nur das Rechtsverhältniß zwischen ihm und den substituirten Erben in Bezug auf den Nießbrauch, die Verwaltung des Nachlasses und die Verpflichtung zur Herausgabe desselben.

Die Gründe lassen sich dahin zusammenfassen: 1) Nach §§ 367, 368 I 9 ALR. erlangt beim Erbanfall die zur Erbschaft berufene Person sofort das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Die §§ 12, 259, 466, 480 I 12 aber bezeichnen den Fiduziar als einen „eingesetzten Erben", der somit beim Erbanfall das Eigenthum der Erbschaft erwirbt. 2) Nach dem in den §§ 12, 259 a. a. O. aufgestellten Begriff der fideikommissarischen Substitution ist der Fiduziar ein „zuerst", oder bis zu einer gewissen Zeit eingesetzter Erbe, nach § 472 I 12 sogar der „Haupterbe", während der § 480 I 12 den Fideikommissarius den „nachgesetzten" Erben nennt. Das Gesetz denkt sich also die beiden Personen als einander der Zeit nach folgende Erben resp. Eigenthümer; der Fiduziar bleibt es bis zu dem Substitutionsfalle. 3) In Folge dieses Zeitverhältnisses wird das Eigenthums-Recht des instituirten Fiduziars allerdings durch das Recht des Substituten bedingt und beschränkt. Diese Beschränkung stellt der § 466 I 12 fest.

Daß hiermit nur die Stellung des Fiduziars gegenüber seinem Substituten bezeichnet, nicht aber ihm, obigen Bestimmungen zuwider, das Eigenthumsrecht überhaupt bis zum Substitutionsfall abgesprochen werden solle, ergiebt schon der folgende § 467, der beim Substitutionsfall den institutus resp. seine Erben verpflichtet, dasjenige, was er aus dem Nachlasse erworben habe, dem Substituten herauszugeben. Von einem Erwerbe aber könnte nicht gesprochen werden, wenn das Eigenthum des Nachlasses sofort auf den Substituten übergehen sollte; ja es könnte dann überhaupt nicht von einer Substitution, sondern nur von einer Institution, vermöge deren der Eine sogleich die Proprietät, der Andere den Nießbrauch erhielten, die Rede sein.

---

stanten Praxis jetzt kein Streit mehr darüber, daß der § 466 h. t., wenn er das Recht als Nießbrauch bezeichnet, damit nicht besagen will, daß der fid. nur Nießbraucher, nicht Erbe oder Eigenthümer, der fideic. Erbe und Eigenthümer, sondern daß damit nur das Rechtsverhältniß, der Gehalt der Obligation charakterisirt, die zwischen dem fid. und fideic. auf Restitution nach Eintritt des Falls besteht. Bis zum Eintritt des Falls ist der fiduc. Erbe und Eigenthümer, nicht der fideic., §§ 367, 368, 369 I 9. Das Eigenthum des fiduc., nicht sein Erbrecht, das er nach § 488 I 11 durch Erbschaftskauf übertragen kann, ist nur ein durch die Rechte des Nacherben beschränktes, beschränkt nach §§ 467—469, 472 h. t. insofern, als der fideic. von ihm, wie der Eigenthümer vom Nießbraucher, Kaution fordern kann, §§ 19, 20 I 21, d. h. bei bevorstehender Beschädigung oder Verringerung der Substanz durch Mißbrauch oder Vernachlässigung, und insofern, als der Umfang seiner bez. (bei Substitution auf seinen Todesfall) seiner Erben Verpflichtung zur Restitution nach dem Rechtsverhältniß zwischen Eigenthümer und Nießbraucher bemessen wird, obwohl bis zum Eintritt des Substitutionsfalls der fiduc. Eigenthümer ist, der fideic. erst nach Eintritt des Substitutionsfalls Erbe und Eigenthümer wird, § 369 I 9. So das Präj. 578 (im Erk. b.), Erk. b. u. c. Absolut beschränkt ist der fiduc. nur dadurch, daß er von Todeswegen nicht verfügen kann, § 468 h. t., weil der mit der Substitution belastete Nachlaß nach §§ 354, 370 I 9 nicht zu seinem Nachlaß gehört, Nr. 167, Bd. 1 S. 883, 884. Die Beschränkung der Verfügung int. viv. ergiebt sich aus der Restitutionspflicht, ist aber nach §§ 468, 469 h. t. für das gewöhnl. fdc. u. das fdc. auf den Ueberrest verschieden normirt, wobei durch den Willen des Testators selbst die Beschränkung in § 469 h. t. fortfallen kann, z. B. durch die Bestimmung, daß den Erben alle Verfügungen frei sein sollen mit Ausnahme bestimmt bezeichneter, während die Aufhebung der Beschränkung durch Versagung der disp. von Todeswegen die Substitution selbst aufheben würde, StrAr. 100 S. 112. Daraus, daß der fid. Eigenthümer, nicht Nießbraucher ist, der fideic. nicht Eigenthümer und noch nicht Erbe, ergiebt sich, daß dem fid. bis zum Eintritt des Falls die Rechte des Erben und Eigenthümers allein zustehn, daß er den Erblasser und den Nachlaß vertritt, den Nachlaß als Erbe verwaltet, Dritten wie seinen Miterben gegenüber allein als Erbe gilt. Daraus, namentlich aus dem Verwaltungsrecht und der Verwaltungspflicht des Nachlasses, dem Recht und der Pflicht den Gläubigern und Legataren gegenüber, §§ 473, 474 h. t., ergeben sich andre erhebliche Abweichungen von dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und Nießbraucher, wie es in I 21 geordnet. Außer durch

Sodann ist B. auch der Ansicht, daß zwischen Fiduziar und Fideikommissar sofort nach dem Erbanfall eine Theilung des Eigenthums eintrete, nicht beizupflichten. Das ALR. kennt ein getheiltes im Gegensatze des vollen Eigenthums (I 8 §§ 16, 23, 24) nur beim Lehn=, Erbzinsrecht und Familienfideikommiß (I 18, II 4 §§ 72, 73). Eine Ausdehnung des Begriffs auf andere Rechtsverhältnisse wäre schon an sich höchst bedenklich. Insbesondere aber ist ein Hinüberziehen jener für die Familienfideikommisse gegebenen Bestimmung auf die fideikommissarischen Substitutionen unzulässig. Der § 55 I 12 erkennt zwar eine gewisse Beziehung zwischen beiden Instituten in der Art an, daß die fideikommissarische Substitution das weitere allgemeinere, das Familienfideikommiß das engere mit mehr Eigenthümlichkeiten ausgestattete Institut bildet, demzufolge, wenn gewisse Erfordernisse des letzteren fehlen, noch die Regeln des ersteren zur Anwendung kommen können. Daraus folgt aber gerade (vergl. Simon u. v. Strampff 1 S. 125), daß die Besonderheiten, welche das Fideikommiß auszeichnen, nicht auf die gewöhnliche fideikommissarische Substitution übertragen werden dürfen. Dem Fiduziar gebührt daher zwar nur ein beschränktes, aber doch immer ein volles Eigenthum dem getheilten, in specie dem nutzbaren Eigenthum gegenüber, und den Fideikommissarerben steht kein Obereigenthum zu. Schon deshalb bleibt der § 18 I 8 hier ganz außer Anwendung, und braucht ferner nicht erwogen zu werden, ob selbst ein bloßer Fideikommißerbe gegen die hier angestellte Klage den fraglichen Einwand hätte erheben dürfen. Auch ist es für die Entscheidung der Frage nicht erheblich, ob das den Fiduziar beschränkende Recht des Substituten, als ein persönliches, obligatorisches oder als dingliches aufgefaßt werde. Nach gem. R. hat es nur jenen persönlichen Charakter.*) (Göschen, Vorlesungen 5 S. 650. Puchta, Pand. § 554.)

---

*) EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 11; GrBO. §§ 51, 54.

---

die Bestimmung des § 472 über die Pflicht zur Kautionsbestellung führt das Gesetz den Substituten durch die in § 470 dem Erben auferlegte Verpflichtung zur Inventur und Manifestirung, die sich aber, wie aus dem Zusammenhang mit § 471 unzweideutig erhellt, nicht auf das fdc. auf den Ueberrest bezieht. StrA. 21 S. 288, 34 S. 50.

Wie sich diese Sätze praktisch gestalten, dafür geben die nachfolgenden Entscheidungen Beispiele. In ObTr. 60 S. 130 hatten Eheleute sich gegenseitig zu Erben, der Ehemann für den eingetretenen Fall, daß die Frau zuletzt versterbe, nach dem Tode derselben die Nachkommen seiner Schwester und seiner Halbbrüder zu Erben eingesetzt, die Ehefrau die Erbsch. angetreten. Als die substituirten Verwandten gegen sie auf Sicherstellung klagten, weil sie ein Nachlaßkapital ohne ihre Genehmigung eingezogen, ist die Klage vom ObTr. abgewiesen. Es ist darauf hingewiesen, daß die §§ 101, 102, 103 I 21, die den Nießbr. an einem Kapital treffen, schon nicht für den Fall passen, wo der Nießbrauch nach § 466 h. t. sich auf den Nachlaß, einen Inbegriff, erstreckt, zu dem ein Kapital gehört, daß die §§ 102, 103 I 21 nur jenen Fall regelt, diesen schon um deswillen nicht, weil aus der Disposition über solch Kapital nicht ohne Weiteres eine Gefährdung des Ganzen folge, §§ 19, 20 I 21, außerdem die Einziehung eines Kapitals durch Kündigung oder sonst geboten, eine nöthige Verwaltungsmaßregel bezüglich des Nachlasses sein könne. Letzteres gilt auch von der Cession eines Kapitals gegen Valuta, selbst wenn sie unter dem Nennwerth, StrA. 32 S. 96. In StrA. 82 S. 8 war die Klägerin zur Erbin ihrer Mutter ernannt, ihr ihre Kinder und ev. die Geschwister der Mutter fideikommissarisch substituirt. Zu der Erbsch. gehört ein Kapital, das sie kündigte und einklagte. Der 2. Richter wies die Klage ab, weil sie als Nießbraucherin nach § 466 h. t., § 101 I 21 nicht ohne die fideic. als Eigenthümer legitimirt. Das ObTr. hat, mit Bezug auf Präj. 578 und Erk. b. sowie StrA. 9 S. 99 vernichtet, weil der § 466 h. t. nur mit den aus dem Eigenthum des fiduc. sich ergebenden Einschränkungen zu verstehn, die §§ 101 ff. I 21 auf dem Gedanken beruhen, daß der Eigenthümer neben dem ihn beschränkenden Nießbrauch immer Eigenthümer bleibe, was für den fiduc. und den fideic. nicht zutrifft. Es ist aber zur Zahlung ad depos. verurtheilt, weil das persönl. Recht der fideic. in diesem Falle im Hypothekenbuche bei der eingeklagten Hyp. eingetragen und, wie das ObTr. deduzirt, dadurch dinglich geworden war, I 21 § 104; 16 §§ 38, 39. Ganz unbedenklich ist, daß Gläubiger und Legatare gegen den fiduc. klagen, und daß das Judikat sowohl

Nach der Preuß. Einrichtung der Hypothekenbücher kann dasselbe freilich gleich andern Befugnissen, die den Eigenthümer in seiner Disposition über Grundstücke und Gerechtsame beschränken, durch die Eintragung (HypO. I § 50, II §§ 79, 80) auch eine Wirksamkeit gegen dritte Erwerber des Gegenstandes erlangen. An und für sich aber begreift es doch nur, nach § 467 I 12, das Recht des Substituten, oder dessen Erben, gegen den institutus oder dessen Erben, auf Herausgabe gewisser Nachlaßgegenstände, ist also der Definition eines persönlichen Rechtes in I 2 § 123 ALR. entsprechend. Indessen gilt es bemerktermaßen für die Sache gleich, ob das beschränkende Recht im einzelnen Falle ein persönliches oder aber ein dingliches genannt werden dürfe, da das beschränkte Recht immerhin Eigenthumsrecht bleibt.

Gründe: c. Nach den Gesetzen sind die Rechte des Fiduziars und des Fideikommissars in der Regel dahin geordnet, daß der Fiduziar das Eigenthum der ihm zugefallenen Erbschaft erwirbt, und daß bei eintretendem Substitutionsfalle der Fideikommissar nach den für den Nießbraucher und Eigenthümer festgesetzten Vorschriften einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses in dem Stande zur Zeit der Uebernahme hat, ALR. I 12 §§ 466, 467, 480, 489, ObTr. 26 S. 14. Das Eigenthum des Fiduziars, für welchen der Besitztitel des Nachlaßgrundstückes zu berichtigen ist*), wird durch den Anspruch des Fideikommissars in der Dauer beschränkt, und erlischt mit dem Eintritte des Substitutionsfalles, durch welchen das Eigenthum der Erbschaft, ohne Besitzergreifung, auf den Fideikommissar übergeht (ALR. I 9 §§ 367—369; 12 §§ 53, 259).

---

*) Dernburg u. Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht, Bd. 1 S. 272, 408, 409; JMReskr. v. 5. Okt. 1838.

---

gegen die übrigen Legatare und Gläubiger wie gegen den fideic. gilt. So StrA. 9 S. 99, wo ausgeführt, daß im Verhältniß zu Dritten der fiduc. Erbe und Eigenthümer, l. 63 § 1, 2 D. ad senc. Trebell., den Nachlaß unbeschadet der Rechte des Substituirten vertritt, §§ 298, 299 h. t. Der § 82 I 21 paßt schon seinem Wortlaute nach nicht; er mag dahin führen, daß der fiduc. in seinem Interesse den fideic. zum Prozesse zuzieht. Wie Erk. b., auch StrA. 65 S. 84. In diesem Falle hatte der Testator seine sechs Schwestern zu Erben so eingesetzt, daß wenn eine vor oder nach ihm versterben sollte, ihr Antheil den übrigen zu gleichen Theilen zufallen, falls aber eine sich verheirathe, diese verpflichtet, ihren Antheil den übrigen unverheiratheten gegen eine bestimmte Abfindung abzutreten. Als die Erben gegen die im Besitz befindliche Miterbin auf Theilung klagten, wurde eingewendet, daß die Theilung als Veräußerungsakt unzulässig, der fiduc. nur Nießbraucher. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen, weil die Restitutionspflicht des fid. nicht sein Erbrecht, sondern die einzelnen Sachen und Rechte umfaßt, der Miterbe des fid. deshalb ebensowenig wie der fid. durch die Substitution an der Theilung gehindert ist. In ObTr. 44 S. 343 ist daraus weiter gefolgert, daß bei der Subhastation die Benachrichtigung an den fideic. vom Bietungstermine nicht erforderlich, weil er nicht Eigenthümer, nur Forderungsberechtigter. (Bei Eintragung ändert sich das.)

Auf denselben Grundsätzen beruht auch OHG. 19 S. 156. Der Erblasser hatte seine Frau zur Erbin, die Kinder fideikommissarisch auf den Ueberrest eingesetzt mit der Verpflichtung für die Mutter, ihnen bei Etabliren oder Heirath eine gewisse Summe zu zahlen. Nachdem die Wittwe die Erbschaft angetreten, den Nachlaß an sich genommen, wurde Konkurs über ihr Vermögen eröffnet. Ein Nachlaßgläubiger, der gegen die Erbin ein Judikat erstritten, suchte dasselbe dadurch zur Vollstreckung zu bringen, daß er sich eine Hypothek und den Anspruch auf Herausgabe des Dokuments in den Händen des Verwalters überweisen ließ. Dies war offenbar unzulässig. Das OHG. führt aus, daß die Erbin als solche Eigenthümerin aller Nachlaßobjecte, § 466 h. t. nur die persönl. Rechte und Pflichten gegen den Substituten bestimmen, daß mit dem Erbantritt der Nachlaß als rechtlich gesondertes Vermögen aufgehört, mit der Konkurseröffnung Theil der Konkursmasse geworden sei, der Nachlaßgläubiger nur von dem Separationsrecht Gebrauch machen könne. Aus der Vereinigung folgt nothwendig auch, daß die Gläubiger des fid. an die Vermögensmasse sich halten können, und da der fideic. ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne § 690 CPO. nicht hat, die KonkO. keine

Ueber die Dauer seines Eigenthumes hinaus steht dem Fiduziar ein Verfügungsrecht nicht zu, und gehen die von ihm einem Dritten eingeräumten Rechte, unbeschadet eines etwaigen Anspruches auf Ersatz, bei vorhandener Gutgläubigkeit, mit dem Erlöschen des Rechtes des Fiduziars verloren (ALR. Einl. § 108; I 19 § 33). Nicht mit einer persönlichen Anfechtungsklage, für welche es an einem persönlichen Rechtsverhältnisse fehlt, sondern mit der aus dem Eigenthume fließenden dinglichen Klage tritt nach eingetretenem Substitutionsfalle der Fideikommissar dem Dritten gegenüber, welcher aus Verfügungen des Fiduziars an Gegenständen des Nachlasses ein Eigenthumsrecht oder ein Pfandrecht geltend macht. Aus den Gründen des in ObTr. 40 S. 116 abgedruckten Erk. ergiebt sich eine abweichende Rechtsansicht nicht. Vor eingetretenem Substitutionsfalle ist der Fideikommissar gegen nachtheilige Verfügungen des Fiduziars über Nachlaßgrundstücke durch die mit der Besitztitelberichtigung zu verbindende und von Amtswegen vorzunehmende Eintragung der Substitution nach den Vorschriften der HypO. geschützt (ALR. I 4 § 19).*) Hat der Fiduziar oder dessen Nachfolger vor der Besitztitelberichtigung das Grundstück veräußert, oder dinglich belastet, so steht dem dritten Erwerber hinsichtlich der Verfügungsbefugniß seines Auktors, der Glaube des Hypothekenbuches nicht zur Seite (ALR. I 10 §§ 6—8); er kann ein mehreres Recht nicht in Anspruch nehmen, als ihm der Auktor einzuräumen befugt war.

---

*) HypO. Thl. I § 50, Thl. II §§ 80 ff.; Novelle dazu §§ 28, 33. Vgl. jetzt EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 11, 12, 15; GrundbO. §§ 30, 54; Dernburg u. Hinrichs, Bd. 1 S. 386 ff., 396.

Vorsorge für diesen Fall trifft, so kann das Recht des fideic. leicht gefährdet werden, wenn er nicht rechtzeitig Sicherheitsmaßregeln erwirkt. Denn so lange der fid. Eigenthümer, kann der fideic. nach StrA. 91 S. 140 wie Erk. c. nicht einmal Dritten gegenüber Verfügungen des fid. anfechten. In dem entschiedenen Falle war der Ehemann instituirt, die Kläger fideik. substituirt, auf einem Nachlaßgrundstück von dem Erben eine Hyp. aufgenommen, angeblich donationis c., eine andre Forderung gegen ihn im Wege der Exek. eingetragen. Die substituirten Erben klagten gegen die Hypothekarin ohne Erfolg auf Löschung, weil Dritten gegenüber die unbefugte Disposition erst angefochten werden könne, wenn der fideic. Erbe und Eigenthümer geworden, bis zum Eintritt des Substitutionsfalls der fid. Eigenthümer, wenn er auch regelmäßig nur wie ein Nießbraucher zu benutzen und zu verwalten befugt, und für die Ueberschreitung verantwortlich.

Nach dem Eintritt des Falls ist der fideic. nach § 369 I 9 Erbe und damit Eigenthümer der Erbschaft, soweit sie vorhanden. Nun tritt die rechtliche Bedeutung der Restitutionspflicht und ihrer Behandlung nach den Grundsätzen vom Nießbrauch hervor. Zur Anwendung kommen dabei die Bestimmungen in I 21 bezüglich Verbesserungen und Verschlimmerungen und der Haftung des Nießbrauchers für Versehn. Darnach unter Beachtung des Verwaltungsrechts des fid. als Erben und Eigenthümers bestimmt sich die Ersatzpflicht für nicht Vorhandenes, Verzehrtes und Veräußertes, wo nicht der Ausnahmefall des § 468 h. t., fdc. auf den Ueberrest, vorliegt. In StrA. 48 S. 4 ist namentlich § 56 I 21 für anwendbar erachtet in einem Falle, wo Ehefrau und Kinder je zu $^{1}/_{2}$ eingesetzt, der Ehefrau überdies Nießbrauch, Verwaltung, freie Disposition über den ganzen Nachlaß gegeben. In S. u. v. Str. R. 1 S. 124 ist andrerseits der fid. für nicht verpflichtet erachtet, die Gebäude höher zu versichern, als der Erblasser es gethan, § 47 I 21, § 82 II 4. Das Vorhandene wird nach den Grundsätzen vom Erbschaftserwerb Eigenthum des fideic. ohne Weiteres, das persönliche Recht verwandelt sich insofern in ein dingliches. Erk. c. u. StrA. 99 S. 90. Der mit dem Eintritt des Erbrechts verbundene Eigenthumserwerb am Nachlaß ergreift zunächst den in den Händen des fid. (seiner Erben) befindlichen Nachlaß, sei es, daß er in Natur vorhanden, wie er war, oder durch einen Akt der Verwaltung ein ursprünglich nicht vorhandenes Objekt dem Nachlaß einverleibt ist. Ob solcher Akt oder ein Akt der Veräußerung, des Verbrauchs vorliegt, durch den der Nachlaß definitiv verringert und ein Erstattungsanspruch oder, beim fd. auf den Ueberrest, auch ein solcher nicht, entstanden, ist konkret zu prüfen. Wichtig dafür ist RG. 7 S. 206. In diesem Fall war die Ehefrau A. im Testament eingesetzt, die Pflegetochter B. auf den

Abgesehen von der Beschränkung in der Dauer des Eigenthumes ist der Fiduziar aber, wie jeder andere Eigenthümer, über Nachlaßsachen durch Veräußerung an Dritte und durch dingliche Belastung zu verfügen berechtigt, und kann jeder Dritte von dem Fiduziar dingliche Rechte, welche auf die Dauer des Rechtes des Fiduziars beschränkt sind, erwerben. Die dingliche Natur des Eigenthumes und der Hypothek widerstrebt der Beschränkung durch einen Endtermin oder eine Resolutivbedingung nicht, und durch den persönlichen Anspruch des Fideikommissars wird das Eigenthum des Fiduziars als solches nicht beschränkt. Dem Dritten gegenüber hat der Fideikommissar vor dem Substitutionsfalle gar kein Recht. Das dingliche Recht des Fideikommissars ist nicht zur Entstehung gelangt und ein persönliches Rechtsverhältniß ist nicht vorhanden. Aus dem Eigenthume des Fiduziars folgt dessen Befugniß zu veräußern und zu verpfänden (ALR. I 8 § 1; 20 §§ 15, 404, 405; 11 §§ 1, 19).

Zur Rechtsbeständigkeit und Vollendung des von dem Fiduziar mit einem Dritten über eine Nachlaßsache geschlossenen Kauf- oder Pfandvertrages ist daher die Mitwirkung des Fideikommissars, welcher der Eigenthümer nicht ist, nicht erforderlich. Ob in der ertheilten Zustimmung des Fideikommissars ein Verzicht auf die Ausübung des nach dem eingetretenen Substitutionsfalle entstehenden Eigenthumes, dem dritten Erwerber gegenüber, gefunden werden kann, mag von den Umständen abhängen und kann dahin gestellt bleiben. Auch der § 468 I 12 bestätigt die Befugniß des Fiduziars unter Lebenden über die Substanz des Nachlasses zu verfügen, und befreit in dem vorgesehenen Falle die vorgenommenen Veräußerungen und dinglichen Belastungen von der in der Regel vorhandenen zeitlichen Beschränkung.

Das gesetzliche Veräußerungsverbot von Erbschaftssachen durch den

---

Ueberrest substituirt, die Ehefrau Erbin geworden, von ihr dem Ehemann der Pflegetochter ein Darlehn aus dem Erlöse eines Nachlaßgrundstücks gegeben, diese Darlehnsforderung in ihrem Testament, in welchem sie C. zum Erben ihres Nachlasses eingesetzt, dem D. legirt, C. zur Einziehung legitimirt. Der Ehemann B. zahlte das Darlehn an C., der es an D. zahlte. Die Erben der Pflegetochter forderten die Summe demnächst von C. zurück, weil die Darlehnsforderung zu dem Nachlaß des Ehemanns A. gehörte. Das RG. hat mit dem 2. Richter verurtheilt. Da die Erben auftraten, war die Klage nicht die condictio indeb. (obwohl der Ehemann B. sich als Miterbe unter den Klägern befand), sondern die Restitutionsklage des fideic. gegen den fid. (dessen Erben), die hier, da das Objekt des Anspruchs, die Darlehnsforderung, nicht mehr existirte, die Natur der persönlichen Klage hatte, für die es gleichgültig, ob der Beklagte dies Geld an den Legatar ausgezahlt hatte. Das RG. deducirt, daß der Satz pretium succedit in locum rei zwar als allgemeiner Rechtssatz nicht existire, aber bei Feststellung des Objekts der Erbschaftsklage wie beim fdc. in id quod supererit Anwendung finde, l. 70 § 3, l. 71, 72 D. de leg. II, auch dem Begriff der Erbsch. als Inbegriff, I 2 §§ 33 ff.; 9 §§ 350, 351, und dem Willen des Testators entspreche, der dem Substituten zuwenden wolle, was der Instituirte an Vortheil noch besitzt. Wie der fideic. bei den gewöhnlichen fideik. Substit. zweifellos den Erlös veräußerter Sachen fordern könne, so bei fdc. in id quod supererit im Vermögen des fiduc. noch vorhandenen Erlös. Aus der Dispositionsbefugniß des fid. beim fdc. auf den Ueberrest folge nur, daß er bei Veräußerung und dadurch erfolgter Verminderung der Erbsch. keine dingl. Klage gegen den Dritten und keinen Ersatzanspruch gegen den fiduc. hat, aber es sei konkret zu prüfen, ob die Erbsch. vermindert, l. 70 § 3 cit., oder ob nur Austausch stattgefunden, wie z. B. bei veränderter Anlegung des Vermögens (I 9 § 498; II 18 § 847). Solche lag hier vor in dem Ausleihen des Erlöses aus dem Grundstück, und die beim Eintritt des Substitutionsfalls vorhandene Darlehnsforderung war deshalb Gegenstand der Restitution. — Verwiesen ist in dem Erk. auf StrA. 65 S. 41, das einen ähnlichen Fall behandelt. Dem A. war testamentarisch eine baare Summe von etwa 3000 legirt, B. ihm auf den Ueberrest substituirt, die Summe baar an A. gezahlt. Nach dem Tode des A. klagte B. gegen die Erben des A. auf Herausgabe von Staatsschuldscheinen, die im Nachlaß vorgefunden, und einer kleineren Summe baaren Geldes. Die Beklagten verlangten den Beweis, daß das Geld noch vorhanden. Das ObTr. deducirt hier, daß die Klage nicht die vindic., sondern die persönl. Klage auf Restitution, da der fdc. überhaupt keinen dinglichen Anspruch, nur eine Forderung habe,

Fiduziar, welches die Justinianische l. 3 § 2—3 C. 6, 43 für das röm. R. verkündet, besteht in dem preuß. R. nicht. Und mag der innere Grund darin zu finden sein, daß dem Fideikommissar in dem einen Rechte die Stellung als Vermächtnißnehmer, der die Herausgabe der Erbschaft zu fordern hat, und in dem andern Rechte die Stellung als Erbe, welcher kraft des Gesetzes das Eigenthum der Erbschaft erwirbt, gegeben ist, eine Verschiedenheit, die wiederum mit der grundsätzlichen Abweichung zusammenhängt, daß der Rechtssatz: semel heres semper heres, in dem röm. R. Geltung hat, und von dem preuß. Landrechte nicht anerkannt wird. Seiner Auffassung getreu, bestimmt das röm. R. l. 11 C. 6, 42: Quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur aut quibusdam vendentibus alii consenserint, contractus auctoritas convelli nequaquam potest.

In dem preuß. R. ist eine derartige Vorschrift weder ausdrücklich getroffen, noch aus der rechtlichen Natur der fideikommissarischen Substitution zu folgern. Dem Fiduziar gebührt das volle Eigenthum, und ist es unstatthaft, dessen Verfügungsbefugniß nach den für das Familienfideikommiß bestehenden und dem getheilten Eigenthume angepaßten Anordnungen (ALR. I 8 §§ 16, 23, 24; II 4 §§ 72, 73) abzumessen.

Aus der Rechtsprechung des ObTr. sind mehrere Rechtsfälle beizubringen, in welchen von dem Erfordernisse der Zustimmung des Fideikommissars zu Veräußerungen durch den Fiduziar abgesehen, und dem Fideikommissar erst nach Eintritt des Substitutionsfalles das Recht eingeräumt worden, gegen den dritten Erwerber im Rechtswege aufzutreten. (Vgl. die Erk. ObTr. 44 S. 343; StrA. 65 S. 84; 91 S. 140.) Insbesondere ist auch dem Fiduziar das Recht zugesprochen, ohne Zuziehung des Fideikommissars Erbschaftskapitalien zu kündigen und einzuziehen (StrA. 82 S. 8).

---

zumal beim fdc. auf den Ueberrest und wo es sich um Geld handle. Durch die Geldsumme sei A. bereichert worden und diese Bereicherung bleibe bis zum Nachweise des Verlustes oder Verbrauchs, § 265 I 13. Deshalb sei nicht der Beweis erforderlich, daß die Staatsschuldscheine grade mit dem erhaltenen Gelde gekauft. In der Anlegung des Geldes sei kein Verbrauch, nur Gebrauch enthalten. Thatsächlich wurde Letzteres angenommen, daß die Staatsschuldscheine der kapitalisirte Rest des Legats. In diesem Falle wäre die Klage gewiß die vindic. gewesen. Der Satz des Urtheils, welches öfters citirt, daß der fideic. immer nur einen persönlichen Anspruch hat, ist nicht richtig, aber anzuerkennen wird sein, daß durch die Vermischung des Geldes mit dem eignen des Legatars nicht etwa der Restitutionsanspruch des Substituirten ausgeschlossen.

Daß bei einfacher fideik. Substitution der Substitut den Erlös für veräußerte Gegenstände fordern kann, wenn die Veräußerung nicht Akt der Verwaltung, der z. B. zur Bezahlung von Schulden und Vermächtnissen erforderlich, ist nicht bedenklich. Außerdem aber lebt der Anspruch auf Herausgabe gegen den dritten Besitzer, an den die Sache unter Ueberschreitung der beschränkten Dispositionsbefugniß gelangt, mit dem Substitutionsfalle auf, vorausgesetzt, daß der Dritte in mala fide, d. h. die Beschränkung der Dispositionsbefugniß gekannt hat, §§ 264, 265 I 11. Für eingetragene Grundstücke ist dies nach § 11 EigenthGes. nicht bedenklich. Vgl. unt. Nr. 193a Bd. 2 S. 34, 35. In StrA. 23 S. 9 hatten die Eheleute sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und für den eingetretenen Fall, daß die Ehefrau zuletzt kinderlos und unverheirathet sterbe, bestimmt, daß ein gewisses Grundstück an die Verwandten des Mannes gegen eine bestimmte Abfindung zurückfallen solle. Die Ehefrau hatte, nachdem sie Erbin geworden, das Grundstück an A. verkauft, gegen den nach ihrem Tode die Verwandten des Ehemanns auf Herausgabe klagten. Die Klage ist abgewiesen, weil A. in bona fide gewesen. Die Verwandten waren hier Legatare, das Legat ein bedingtes. Das ObTr. führt auch hier aus, daß § 466 nur auf den Umfang des Nutzungsrechts, nicht auf die aus dem Eigenth. des fiduc. folgenden Rechte, insbesondere sein Verfügungsrecht, sich beziehe, wobei Präj. 578 und Erk. b. angezogen. Der Eintritt der Bedingung des Legats wirkt nicht rückwärts; nach § 483 h. t. sei der Legatar erst Eigenthümer mit dem Eintritt der Bedingung geworden, die Veräußerung vorher dem gutgläubigen Dritten gegenüber um so mehr in Kraft geblieben, als die Ausübung des Rechts der Legatare noch davon abhängig gewesen, daß sie bereit, die stipulirte Abfindung zu zahlen. In ObTr. 40 S. 114 hatten die Eheleute sich gegenseitig und nach dem Tode des Letztlebenden die beiderseitigen Verwandten zu Erben eingesetzt, von

Auf demselben Standpunkte befindet sich das in v. Rabe's Sammlung rc. Bd. 10 S. 406 abgedruckte Reskr. v. 18. Aug. 1810, welches den Fiduziar für befugt erachtet, Güter, die zur Erbschaft gehören, wegen Kriegsschäden mit Hypotheken zu belasten. Trotz des Ausspruches, daß der Fiduziar Eigenthümer der Erbschaft sei, unterläßt der App.-Richter die Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes und verlangt zur Vollendung des Kaufvertrages die Zustimmung der Fideikommissare. Insofern erscheint die Nicht.-Beschw. als begründet.

Gründe: d. Der Implorant beschuldigt den vorigen Richter, daß er durch seine Ausführung den § 485 I 12, §§ 102, 161, 162 I 4 ALR. und den Rechtsgrundsatz: Auch der unter einer Bedingung eingesetzte Fideikommissar, welcher den Testator überlebt, transmittirt sein Successionsrecht auf seine Erben, wenn er gleich vor dem Substitutionsfall verstirbt, — verletzt habe. Dieser Vorwurf erscheint begründet. Der App.-Richter geht, nach seiner Ausführung, von der Voraussetzung aus, daß die drei vor dem Friedrich M. verstorbenen Kinder des Sp. von den Eheleuten M. in ihrem Testament unter der Bedingung dem Fr. M. fideikommissarisch substituirt worden, daß dieser unverheirathet und kinderlos sterbe. Er stützt seine Entscheidung lediglich darauf, daß, weil diese Kinder den Substitutionsfall nicht erlebt hätten, auch keine Transmission des ihnen bedingt zugedachten Rechts habe stattfinden können. Diese Ansicht ist nach den Bestimmungen des ALR. über die Transmission der Erbrechte nicht als richtig anzusehen. Wenn im § 101 I 4 die aufschiebende Bedingung dahin definirt wird, daß durch den Eintritt derselben die Erwerbung des Rechts erst vollendet werden soll, und wenn im § 102 bestimmt wird: der unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigte muß, ehe er das Recht ausüben kann, die Wirklichkeit des Ereignisses abwarten; so ist hierdurch darüber noch nichts entschieden, ob der bedingt Berechtigte die Aussicht auf den Erwerb und die Ausübung

---

denen einer einen bestimmten, beiden Eheleuten gehörigen Garten erhalten sollte. Die Erbin gewordene Ehefrau hatte nach dem Tode des Mannes diesen Garten an den Beklagten verkauft, dem das eventuelle Recht des Nacherben auf den Garten bekannt war. Auf die Klage desselben ist er zur Herausgabe verurtheilt, weil ihm das persönl. R. des Klägers zur Sache, § 123 I 2, sein Titel zum Eigenth., bekannt gewesen, er nach §§ 20, 22, 25 I 10 kein Eigenthum denselben gegenüber hat erwerben können, und zwar nicht blos nicht an der Eigenthumshälfte des Mannes, sondern auch nicht an der Hälfte der Ehefrau, die nach §§ 492, 493 II 1 und nach §§ 374—376 h. t. die persönliche Verpflichtung zur Konservirung des legirten Gartens gehabt habe.

Ueber die besondere Gestaltung des Rechtsverhältnisses bei wechselseitigem Testamente von Eheleuten vgl. übrigens noch zu II 1 §§ 482 ff., 490, 492, 493, namentlich ObTr. 23 S. 193 (StrA. 5 S. 1) ObTr. 63 S. 199.

Einen weiteren Einfluß übt der Eintritt des Substitutionsfalls nach § 481 I 16, der nach Präj. 1989 ObTr. 16 S. 497 auch bei dem fdc. auf den Ueberrest Anwendung finden soll. Andere, sich hieran anschließende Fragen, z. B. das Verhältniß des fideic. nach dem Anfall zu Pächtern und Miethern, I 21 §§ 388 ff., sind in der Praxis nicht behandelt. Nach dem im Erk. c. angezogenen § 33 I 19 würde § 388 I 21 anzuwenden sein, die Anwendbarkeit des § 33 u. § 388 cit. wird aber mit Rücksicht auf das Eigenthum des fiduc. und darauf, daß Vermiethen und Verpachten Verwaltungshandlungen, welche nicht aus dem Nießbrauch, sondern aus dem Eigenth. fließen und die Restitution in statu quo nicht ausschließen, keine den Nachlaß verringernden Dispositionen, fraglich. Vgl. zu § 688 ff. I 21.

Das durch den Eintritt des Substitutionsfalls bedingte oder betagte Recht des Substituten, Erben oder Legatars, ist, wie oben bereits hervorgehoben und aus § 485 h. t. hervorgeht, ein Recht, welches mit dem Tode des Erblassers existent wird, ein Vermögensrecht, welches als solches vererblich, sofern es nicht ausnahmsweise an die Person gebunden, §§ 161, 162 I 4, Nr. 68, Bd. 1 S. 268. Darauf beruht Erk. d. Noch weiter geht das bedenkliche StrA. 96 S. 368 u. ObTr. 36 S. 62 (StrA. 24 S. 310) Erk. b. Nr. 204, Bd. 2 S. 151 u. S. 154 das., betreffend die Verfügungsbefugniß des Substituten über sein event. Erbrecht durch Erbschaftskauf. Das im Erk. d. angezogene Präj. 502 ist in ObTr. 4 S. 127 mitgetheilt und begründet den Satz, daß bei der fideik. Substitution der Erbe des Substituten an dessen Stelle tritt, auch wenn der Substitut nur den Tod des Erblassers, nicht den Substitutions-

des Rechts auf seine Erben transmittiren könne. Ebensowenig kann eine Entscheidung hierüber in dem § 369 I 9 ALR. gefunden werden. In den §§ 367–370 a. a. O. wird im Allgem. der Grundsatz aufgestellt, daß die Erbschaft, sobald der Erblasser verstorben ist, dem Erben anfalle, daß dieser das Eigenthum der Erbschaft erlange, ohne daß es einer Besitzergreifung bedürfe, und daß sein Recht auch auf seine Erben übergehe, wenn er stirbt, ehe er die Erbschaft in Besitz genommen. Hierbei wird im § 369 nur bestimmt: Ist aber Jemanden eine Erbschaft unter einer zu Recht beständigen aufschiebenden Bedingung hinterlassen worden, so wird er nur seit der Zeit der Erfüllung dieser Bedingung Eigenthümer der Erbschaft.

Darüber: ob er sein bedingtes Recht auf den Erwerb des Eigenthums auf seine Erben transmittiren könne, ist hier noch nichts bestimmt worden. Dagegen sagt der § 485 I 12 ALR.: Soweit überhaupt ein unter Bedingungen eingeräumtes Recht auf die Erben des Berechtigten übergehen kann, soweit findet ein Gleiches zu Gunsten der Erben des bedingungsweise eingesetzten Erben oder Legatarii statt (I 4 §§ 161, 162 — das Allegat §§ 162, 163 ist ein offiziell anerkannter Druckfehler — Jahrb. Bd. 50 S. 471). Die §§ 161, 162 I 4 ALR. bestimmen: In allen Fällen, wo das Recht selbst, welches den Gegenstand der Willenserklärung ausmacht, auf die Erben übergehen kann, treten diese auch in Ansehung der Befugniß, die Bedingung oder den Zweck zu erfüllen, in die Rechte des Erblassers.

Ist aber die Bedingung oder der Zweck an die Person des Berechtigten gebunden und stirbt dieser vor der Erfüllung, so verliert die Erklärung selbst ihre Wirksamkeit.

Insofern in den Gesetzen keine besondere Ausnahme gemacht worden ist, liegt es in dem Begriffe der Erbschaft, daß alle hinterlassenen, nicht der Person anklebenden Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers und eben deshalb auch seine bedingten, nicht an die Person geknüpften Rechte, auf den Erben über-

---

fall erlebt hat. In dem Falle hatte der Testator seine Frau und 4 Kinder zu Erben eingesetzt, der Frau bezüglich eines zum Nachlaß gehörigen Guts die zweite Tochter und für den Fall, daß diese ohne Erben versterben sollte, deren Geschwister substituirt. Die zweite Tochter starb ohne Kinder. Vor ihr waren zwei Schwestern mit Hinterlassung von Kindern gestorben und es wurde streitig, ob nur der dritte Bruder oder auch die Kinder der vorverstorbenen Schwestern aus der Substitution Anrecht an das Gut hatten. Letztres ist in allen Instanzen angenommen. Begründet ist dies wie im Erk. d. aus den §§ 467, 485 h. t., § 161, 163 I 4. Ebenso StrA. 4 S. 35, wo in einem wechselseitigen Testament der Ueberlebende zum Universalerben und falls er kinderlos verstorben, zur einen Hälfte die Verwandten der Frau, zur andren eine Schwester, ein Bruder und Geschwisterkinder des Mannes substituirt waren, letztre wieder unter Substitution unter einander, falls sie vor dem Mann ohne Kinder stürben. Der Mann starb zuerst, dann der Bruder, dann die Frau, vor dem Mann die Schwester. Der Bruder hatte eine Wittwe als Erbin hinterlassen. Diese Wittwe und die Geschwisterkinder sind nach dem Tode der Ehefrau als substituirte Erben erachtet. In StrA. 11 S. 268 hatte der Testator seine 12 Wochen alte Tochter mit der Bestimmung eingesetzt, daß, falls sie unverheirathet sterbe, sein Bruder die Summe von 800, seine Ehefrau den Ueberrest erhalten solle. Die Tochter starb unverheirathet, nachdem sie Erbin geworden, vor ihr, aber nach dem Testator, der Bruder mit Hinterlassung seiner beiden Töchter als Erben. Das ObTr. hat diesen die 800 auf Klage gegen die Wittwe zugesprochen. Die Wittwe war hier die mit den 800 beschwerte substituirte Erbin, die 800 Legat, bedingt durch den Tod der Tochter vor Heirath. Der bedingte Anspruch war mit dem Tode des Testators entstanden und vererbte nach § 485 h. t., §§ 161, 163 I 4 auf die Erben des Bruders, der den Erblasser überlebte. Das Erk. beruft sich außerdem auf § 467 h. t. u. ObTr. 4 S. 126 u. StrA. 4 S. 35. Ebenso ObTr. 38 S. 170, wo die Eheleute sich gegenseitig und nach ihrem Tode den B. zum Erben eingesetzt hatten mit der Verpflichtung für diesen, an C. einen dem Ehemann gehörigen Garten als Legat zu übergeben. Der Ehemann starb zuerst, dann C., dann die Ehefrau. Die Erben des C. sind gegen B. mit der Klage auf Herausgabe des Gartens durchgedrungen, wobei auf ObTr. 4 S. 126 u. die §§ 288, 485 h. t. I 4, §§ 161, 162 Bezug genommen. Hier handelte es sich um ein betagtes Legat, auf welches der Anspruch mit dem Tode des testirenden Ehemanns entstanden. Vgl. diesen Fall, bei dem noch andre Fragen über den Erwerb aus wechself. Testam. zur Sprache kommen, bei II 1 §§ 482 ff.

gehen (ALR. I 9 § 350 flg., Einl. §§ 102, 103). Diese Regel muß nach dem Ausspruch des § 485 I 12 auch bei den bedingungsweise eingesetzten Erben oder Legataren gelten. Jene Regel ist nun zwar in dem § 161 I 4 nicht klar ausgedrückt, weil hiernach die Erben in Ansehung der Befugniß, die Bedingung oder den Zweck zu erfüllen in die Rechte des Erblassers treten sollen. Allein die Regel um deswillen nur auf Potestativ-Bedingungen zu beschränken, erscheint deshalb unstatthaft, weil dieselbe sich aus der Universalität des Erbfolgerechts von selbst ergiebt, der § 161 aber die rein zufälligen Bedingungen, was doch erforderlich gewesen wäre, nicht ausdrücklich ausschließt. Eine solche Beschränkung der Regel darf in dem § 161 um so weniger gefunden werden, als man sonst mit Rücksicht darauf, daß im § 266 I 5 ALR. auf die Bestimmungen über Bedingungen I 4 §§ 99 ff. zurückverwiesen wird, folgerecht auch bei bedingten vertragsmäßigen Rechten nach jenem § 161 I 4 den Uebergang auf die Erben des bedingt Berechtigten in Betreff der an eine rein zufällige Bedingung geknüpften Rechte für ausgeschlossen erachten müßte, was doch offenbar unzulässig erscheint. Das Allegat der §§ 161, 162 I 4 im § 485 I 12, welches wohl mehr wegen der im § 162 näher ausgedrückten Ausnahme der an die Person des Berechtigten geknüpften Bedingungen hinzugefügt worden ist, kann hiernach den Uebergang der an eine rein zufällige Bedingung geknüpften Erbrechte oder Legate auf die Erben des Bedachten nicht entgegenstehen. Mit dieser Ansicht stimmt es denn auch überein, wenn nach den Materialien des ALR. (Ges.-Rev. Pens. XVI S. 191) der § 485 I 12 deshalb aufgenommen ist, weil sich Suarez bei der Rev. monitorum die Frage aufwarf: wie weit ein unter aufschiebender Bedingung eingesetzter Legatar sein Recht auf seine Erben transmittire, — und diese Frage dahin beantwortete: Dies regulirt sich nach der Bestimmung Tit. II §§ 165—166 (der gedr. Entw. von 1787 enthält die den §§ 161, 162 I 4 ALR. entsprechenden Bestimmungen: §§ 124, 125 Th. II Tit. 1). Ist die conditio mere casualis oder zwar potestativa, aber nicht an die Person des Erben gebunden, so transmittirt derselbe sein jus conditionatum oder conditio implendi auf seine Erben. Das legatum ex die wird pure transmittirt, sobald der dies bei dem Erben des Legatarii, so gut, als bei ihm selbst existiren kann.

Hier ist die gedachte Regel klar ausgesprochen. Da nun in dem § 467 I 12 der Uebergang der Rechte des fideikommissarisch Substituirten auf seine Erben, selbst wenn der Substitut den Substitutionsfall nicht erlebt hat, deutlich dadurch anerkannt worden ist, daß die dem Fideikommiß unterworfenen Sachen bei eintretendem Substitutionsfall dem Substituten oder dessen Erben herausgegeben werden sollen (Präj. 502), so muß nach § 485 a. a. O. auch ein gleicher Uebergang des bedingten fideikommissarischen Rechts auf den Erben des bedingt Substituirten, selbst wenn Letzterer den Substitutionsfall nicht erlebte, als gesetzlich statthaft, anerkannt werden.

Nr. 231. §§ 6, 44—49, 172—174, 262, 263, 301 ff., 373 ff., 377 ff., §§ 519 ff., 527 ff., 531, 544 ff. Testament. Inhalt. Das Vermächtniß. Begriff u. Voraussetzungen. Der Onerirte. Die Hinterlassung. Oralfideikommiß. (leg. heredi praesenti injunctum.) Prälegat. Die einzelnen Arten. (leg. nominis, debiti, liberationis, liberatio legata. Fremde Sache.)*)

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 623—634, §§ 654—661 u. 662—668. Dernburg 3 §§ 132—142, §§ 147 ff. Förster (Eccius) 4 § 252. — Ueber den Begr. des Vermächtnisses, durch den trotz § 256 h. t. die partitio legata nach ALR. ausgeschlossen, über die allgem. Voraussetzungen hinsichtlich der Fähigkeit, es zu hinterlassen und zu erwerben, über die

a. Erk. v. 23. April 1866; ObTr. 56 S. 108 (StrA. 62 S. 301).
b. Präj. 1394 v. 18. Dez. 1843; ObTr. 11 S. 276, 281.
c. Erk. v. 24. Jan. 1849; ObTr. 17 S. 201.

Im Falle a. hatte der Testator den A. und B. zu Erben eingesetzt, dem B. dabei gewisse Güter beschieden, demselben mündlich die Verpflichtung auferlegt, dem C. lebenslänglich eine monatliche Rente zu zahlen. Als C. gegen B. auf Anerkennung der Verpflichtung und Eintragung der Rente auf die Güter klagte, wendete B. ein, dass er nur Legatar, und der 2. Richter wies ab, weil das leg. her. praes. inj. dem Legatar gegenüber unstatthaft. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte A. in seinem Testament seine drei Kinder als Erben eingesetzt und zu Gunsten des einen praelegatarisch verordnet, dass eine auf dessen Gut eingetragene Hypothek getilgt und ihm abgenommen werden solle. Als der Prälegatar gegen seine Geschwister auf Zahlung klagte, wurde princip. eingewendet, dass das Prälegat als liberatio legata unstatthaft. Das ObTr. hat dies verworfen. — Im Falle c. hatte F. vier Geschwister F. zu Erben eingesetzt und den Klägern ein bestimmt bezeichnetes Grundstück vermacht, welches er von dem Vater der sechs Geschwister F. vor Jahren mündlich eingetauscht und bis zu seinem Tode in Besitz hatte. Nach seinem Tode wurde das Eigenthum der sechs Geschwister F., als Erben Ihres Vaters, eingetragen, von den Legataren aber nun gegen die vier Geschwister F. aus dem Testament auf Herausgabe des Grundstücks nebst den Nutzungen seit dem Erbantritt geklagt. Die Beklagten wendeten ein, dass sie allein nicht passiv legitimirt und dass das Legat als Legat einer fremden Sache ungültig. Das ObTr. hat mit dem 2. Richter verurtheilt.

Gründe: a. Ueber die Auslegung des § 172 I 12 ALR. waltet unter den Parteien, wie unter den Vorderrichtern, Meinungsverschiedenheit ob. Der erste Richter nimmt mit dem Kläger an, daß die Entrichtung eines solchen Vermächtnisses auch einem gegenwärtigen Legatar mündlich gültig aufgetragen werden könne, während der App.-Richter der Ansicht ist, daß die Gültigkeit eines dergleichen Vermächtnisses davon abhängig sei, daß der Erblasser den Auftrag an einen gegenwärtigen Erben gerichtet habe. Die Entscheidung, welche dieser Meinungen die richtige ist, ist offenbar präjudiciell, weil, wenn der des ersten Richters beigepflichtet wird, es auf eine weitere Erörterung der Frage, ob der Verklagte nach Inhalt des vorliegenden Testaments als Erbe oder nur als Legatar anzusehen sei, überhaupt nicht ankommt. Der Ansicht des ersten Richters ist der Vorzug zu geben. Die Vorschriften der §§ 172—174 a. a. O. betreffen das gemeinrechtliche s. g. Oral-

---

Art und die Form der Hinterlassung, §§ 44—49, die Auslegungsregeln, namentlich die des § 531 h. t., vgl. unt. Nr. 225, 226, 229, 230. Hinzuzufügen ist, daß es im Unterschiede von der mortis c. don., bei welcher Erklärung des Schenkers, gegenüber dem Beschenkten, und Acceptation erforderlich, also alle Elemente des Vertrages, außer dem Geber des Legats einen Onerirten neben dem Honorirten voraussetzt. Auch wo der Onerirte deshalb fehlt, weil der Erbl. es vor seinem Tode entrichtet hat, ist von Vermächtniß nicht mehr die Rede, § 523, 433 h. t. In StrA. 99 S. 7 ist deshalb konsequent in diesem Falle die Erbschaftssteuerpflicht verneint. Onerirt kann sein ein Erbe oder mehrere, der Vor- und der Nacherbe. Gesetzlich substituirt dem Onerirten ist nach § 279 h. t. in wesentlichem Unterschiede vom RR. der Intestaterbe, wenn der Testamentserbe ohne Fortfall des Testaments selbst fortfällt; das Testament und damit das Legat fällt z. B. fort, wenn es gegen einen Erbvertrag errichtet, StrA. 74 S. 66. Der Vertragserbe haftet hier auch aus § 628 h. t. nicht. In Erk. a. ist nachgewiesen, daß übereinstimmend mit dem röm. und gem. R. außer dem Testaments- und Intestaterben auch der Legatar onerirt werden kann, auch bei dem s. g. Oralfideicommiß, was nach §§ 293, 351, 367 h. t. kaum bedenklich. Die gemeinrechtl. Kontroverse, ob das leg. her. praes. inj. auch durch Boten, mündlich und schriftlich, auferlegt werden könne, ist durch § 172 ausgeschlossen. Zweifellos ist, daß Erbvertrag und wechselseitiges Testament zur Hinterlassung eines Legats gleich geeignet. Im wechselseitigen Testament ist die Hinterlassung denkbar als Hinterlassung zu Lasten des Letztlebenden nach dem Tode

Fideicommiß resp. das legatum heredi praesenti injunctum. Daß ein solches nicht bloß dem direkten Erben, sondern auch dem Legatar und Fideicommissar nach Justinianischem R. aufgetragen werden konnte, besagt § 12 J. 2, 23 und l. 32 C. 6, 42 „si fideicommissarius elegerit heredis juramentum, vel forsitan legatarii vel fideicommissarii etc.“ ausdrücklich*), und darüber ist weder unter den Rechtslehrern zur Zeit der Emanation des ALR. Streit gewesen, noch jetzt Streit. Als neue Sanction wurde in das ALR. § 172 cit. die Bestimmung hinsichtlich der Beschränkung auf den zwanzigsten Theil des Nachlasses resp. der Erbportion aufgenommen, und sind, wie Suarez in den Vorträgen über die Schlußrevision des ALR. Anlage D. (v. Kampß, Jahrb. Bd. 41 S. 50, 76) bemerkt, die in den §§ 161—174 I 12 ALR. enthaltenen Ausnahmen von der Regel, daß alle letztwillige Dispositionen, sie mögen Erbeseinsetzungen oder Verfügungen über einzelne Sachen und Summen betreffen, an einerlei äußere Form gebunden sein sollen, getroffen worden, um für die Fälle zu sorgen, wenn ein Sterbender in den letzten Stunden noch einem Freunde oder Domestiken ein Andenken oder eine Belohnung hinterlassen wolle. Neu ist auch die Satzung hinsichtlich der Erweiterung des Beweises, der nach jenen Stellen des Corp. jur. nur durch den Eid des Onerirten geführt werden konnte. Im Uebrigen gab die Aufnahme der gedachten gemeinrechtlichen Norm in das ALR. nach den Bemerkungen von Suarez in den Schluß-Protokollen (Jahrb. Bd. 52 S. 16) nur zur Erörterung der Frage, ob, wenn der Auftrag nur Einem von mehreren Erben gemacht worden, das Legat aus der ganzen Masse zu zahlen, oder ob dafür nur dieser eine gegenwärtige Erbe pro parte hereditaria verhaftet sein soll, welche im § 173, sofern nur der dahin gerichtete Wille des Erblassers nachweisbar ist, im ersteren Sinne entschieden ist, sowie zur Ventilirung des Zweifels, Leyser med. spec. 401 med. 2 Veranlassung, ob dies auch rücksichtlich der einem anderen Erben beschiedenen bestimmten Sachen gelten solle, einer Controverse, welche im § 174 zu Gunsten des anderen Erben entschieden ist. Wenn nun auch Ausnahme-Bestimmungen, und dazu gehört der § 172, stricte zu interpretiren sind, so läßt sich doch aus den darin gebrauchten Worten: „Erben“ und „Erbportion“ allein nicht annehmen, daß dadurch eine Abweichung von dem gemeinrechtlich geltenden Satze, daß nicht blos dem eingesetzten Erben, sondern jedem Honorirten, d. h. vom Erblasser mit einer Zuwendung aus seinem Nachlasse Bedachten, also auch einem Legatar, gültiger Weise der mündliche Auftrag zur Ent-

*) So auch ObTr. 23 S. 430, 437.

---

des Erstversterbenden oder zu Lasten der Erben des Letztversterbenden. Vgl. StrA. 62 S. 236 u. RG. 11 S. 258 zu II 1 §§ 481 ff., 492, 493, auch unt. Nr. 231 a.

Objekt des Legats kann nach §§ 5, 6, 288, 373 ff. alles sein, was überhaupt Gegenstand eines Rechts sein kann (§§ 386, 456), Sachen und Rechte, eigne, fremde, künftige, nach § 381 nur nicht die eigne des Legatars, wenn nicht daneben ein besonderer Inhalt des Legats denkbar. Nach dem Erk. d. scheidet das ALR. das leg. nominis, debiti proprii, liberationis und die liberatio legata wie das röm. und gem. R. Von dem leg. nominis, §§ 408 ff., ist der Fall des § 416 sorgsam zu trennen, der Fall des Legats einer Summe mit Anweisung zur Berichtigung aus einem bestimmtem nomen, §§ 417—420. Von Bedeutung ist der Unterschied namentlich, weil im Falle des § 416 der Legatar keinen persönl. oder dingl. Anspruch auf das nomen, nur einen persönlichen Anspruch auf Zahlung der Summe gegen den Onerirten hat, für den die §§ 417—420 eine Befreiungsart von seiner Verpflichtung statuiren. An der Verfügung über das nomen ist der Onerirte durch das Legat nicht behindert, noch weniger der Erbschaftsgläubiger an dem Angriff auf solches Kapital. Vgl. RG. 6 S. 236 unt. Nr. 231 b.

Das leg. deb. proprii, §§ 430 ff., ist wesentlich so wie im röm. und gem. R. behandelt. § 14 J. de leg. l. 88 D. 31 l. 13 D. 34, 3. Wie im gem. R. ist es gleichgültig, ob die anerkannte Schuld wirklich existirt; nach § 433 soll nur Zahlung nach errichtetem Legat den Anspruch beseitigen; Zahlung vorher beseitigt das Legat nicht, woraus folgt, daß die causa der Schuld und ob solche vorhanden, gleichgültig; die causa ist auch hier der letzte Wille. Auch bei behaupteter Zahlung nach errichtetem Legat wird die Identität der bezahlten und

richtung eines Vermächtnisses an einen Dritten ertheilt werden könne, habe sanctionirt werden sollen. Daß der § 172 nicht das Vorhandensein eines Testaments und eines Testaments-Erben zur Voraussetzung hat, der mündliche Auftrag vielmehr auch an einen Intestaterben geschehen kann, ist von der Praxis anerkannt, Präj. Nr. 1584 (Pr. S. I S. 74). Dafür aber, daß der § 172 l. c. nicht auf den Erben im engeren Sinne, d. h. auf die in den Inbegriff des Nachlasses berufene Person zu beschränken, daß vielmehr die Ansicht, ein dergleichen mündlicher Auftrag des Erblassers könne gültig ebenfalls an einen Legatar geschehen, die richtige ist, spricht überdies die ausdrückliche Bestimmung im § 293 I 12 ALR.: Ist der Legatarius mit der weiteren Abgabe eines Vermächtnisses an einen Dritten belastet worden, so steht er gegen denselben in dem Verhältnisse eines Erben.

Wenn auch dem App.-Richter zuzugeben ist, daß ein onerirter Legatar in anderer Beziehung nicht als Erbe zu betrachten sei, so hat doch eben der Hauptlegatar dem Sublegatar gegenüber dieselben Pflichten, wie der Erbe jedem Legatar gegenüber. Denn in dieser Beziehung tritt der Hauptlegatar gegen den Sublegatar in das Verhältniß eines Erben. Und daraus folgt, daß der erstere, wenn er auch anderen Personen, namentlich den Nachlaßgläubigern gegenüber nicht als Erbe haftet, doch ein ihm mündlich aufgetragenes Vermächtniß an den Sublegatar insofern und insoweit entrichten muß, als dies bei einem Erben rücksichtlich eines diesem mündlich aufgetragenen Legats der Fall ist, also nach § 172 cit., sofern erwiesen werden kann, daß der Erblasser in seiner Gegenwart ihm den mündlichen Auftrag gemacht hat, und soweit das Legat den zwanzigsten Theil der Portion des Erben, resp. der Zuwendung des Hauptlegatars nicht übersteigt.

Gründe: b. Die gegen die Verurtheilung der Verklagten überhaupt gerichtete Beschwerde ist auf die Behauptung gestützt, daß der § 262 I 12 ALR. von dem App.-Richter auf einen Fall angewendet worden, für den er nicht bestimmt, und der in diesem Gesetze enthaltene Rechtsgrundsatz verletzt worden sei.

Der App.-Richter gehe nämlich von der Ansicht aus, daß den Verklagten im väterlichen Testamente aufgegeben worden, ihren Bruder von der auf seinem Bauergute eingetragenen Schuld zu befreien, also eine liberatio legata vorliege, folglich nicht der Testator, sondern ein Dritter, berechtigter Gläubiger sei. Nach Preuß. R. gebe es aber keine solche liberatio legata, die §§ 408—420 I 12 handelten nur vom nomen legatum, die §§ 430—440 vom legatum debiti und die §§ 425—429 von dem legatum liberationis, wo der Testator selbst der Berechtigte sei. Eine liberatio legata, wo ein Dritter der Berechtigte sei, finde sich in den Gesetzen nicht erwähnt, und wolle man selbst annehmen, daß eine solche im § 387 I 12 enthalten sei, so sei dieselbe doch als Prälegat nicht statthaft. Nach § 262 I 12

---

vermachten Schuld immer sorgfältig zu prüfen sein. Das gem. R. beachtet auch die Zahlung nachher nicht. Behandelt ist dies leg. in StrA. 16 S. 270 u. 90 S. 172. In StrA. 16 S. 270 hatte A. der B. 750, die er ihr verschulde, legirt, nachher an sie und ihren Mann für geleistete Pflege und Dienste Mobiliar im Werthe von 400 eigenthümlich übereignet. Nach dem Tode des A. klagte die B. gegen seine Erben die 750 zuerst als Lohn für Dienstleistungen ohne Erfolg ein, dann als leg. deb. pr. aus dem Testament. Mit diesem Anspruch drang sie durch, obgleich die Erben einwendeten, daß sie durch die spätere Eigenthumsübertragung befriedigt. Das ObTr. hat gegen die Instanzen verurtheilt, weil das frühere Judikat ebenso wie die causa unerheblich, die Tilgung derselben Schuld nicht ersichtlich, und weil der Zahlung in § 433 weder die dat. in sol. noch die compens. gleichstehe. Letzteres ist nicht unbedenklich, wenn der Tilgungswille feststeht. In StrA. 90 S. 172 hatte A. seiner Wirthschafterin 800 mit der Erklärung ausgesetzt, daß sie 16 Jahr bei ihm gedient und er ihr diese 800 als Lohn verschulde. Die auf Zahlung belangten Erben excipirten, daß die Klägerin nicht so lange, wie angegeben, gedient und vom Erblasser auch theilweise Zahlung des Lohns erhalten. Das ObTr. hat verurtheilt, weil es gleichgültig, wie lange die B. gedient, da das Legat gültig sein würde, auch wenn keine Schuld bestanden, nur Zahlung nachher wirke, auch Irrthum des Testators über die Dauer der Dienstzeit nicht entscheiden würde, da die aus § 150 I 4 allerdings an sich zulässige Einrede dadurch nicht begründet.

Die Bestimmungen über das Legat einer fremden Sache in §§ 274, 377 ff., mit denen sich Erk. c. beschäftigt, sind wenig klar. Daß der Erbe sich gegen den Anspruch aus dem Legat

könnten nur bestimmte Sachen oder Summen als Prälegat vermacht werden und seien Handlungen ausgeschlossen. Im vorliegenden Falle sei nun aber nach der Ausführung des App.-Richters eine Handlung vermacht und gefordert, der § 262 daher mit Unrecht hier zur Anwendung gebracht, und ein solches Prälegat ungültig.

Dieser Beschwerdepunkt erscheint unbegründet. Der § 387 I 12 ALR. bestimmt: Hat der Testator den Erben mit gewissen Handlungen zu Gunsten des Legatars belastet, so ist der Erbe zur Leistung dieser Handlungen so weit verbunden, als er sich durch Verträge hat verpflichten können.

Dies Gesetz erkennt daher auch allerdings ein Legat als gültig an, durch welches der Erbe zu Handlungen zu Gunsten des Legatars verpflichtet wird, obwohl im § 6 I 12 der Begriff eines Legats oder Vermächtnisses dahin festgestellt wird, daß darunter einzelne bestimmte, Jemanden hinterlassene Sachen oder Summen zu verstehen seien.

Hieraus ergiebt sich, daß in dem § 6, so wie in dem § 262 der Ausdruck „Sachen in dem allgemeinen Sinne der §§ 1, 2 I 2 ALR. gebraucht worden ist, zufolge dessen auch die „Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines andern Rechts ausmachen“, unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen werden. Demgemäß kann also auch ein solches Legat, wie der § 387 erwähnt, allerdings als Prälegat gleichfalls gedacht werden; und im vorliegenden Falle unterliegt dies um so weniger einem Bedenken, als das dem Kläger vermachte Recht zu fordern, daß sein Gut von der Schuld befreit werde, durch Zahlung an den Gläubiger aus dem Nachlasse verwirklicht werden konnte, sich also nach baarem Gelde bestimmen ließ, ja der Erblasser sogar ein gewisses Nachlaßaktivum, falls es erstritten werden sollte, zur Abstoßung jener Schuld bestimmt hatte. Gerade so hat der App.-Richter die Sache auch angesehen und ausgeführt, daß Kläger die zu seiner Liberirung nöthige Summe für sich vorweg vom Nachlasse hätte in Abzug bringen können. Die behauptete unrichtige Anwendung und Auslegung des § 262 widerlegt sich daher.

Gründe: c. Die Verklagten sind unbestritten Benefizial-Erben des F. in Folge des Testaments desselben geworden. Sie waren daher nach der Anordnung des Testators, vorausgesetzt, daß diese an sich rechtlich wirksam war, verpflichtet, das streitige Grundstück nach dem Tode des Testators an die klägerische Ehefrau als Legatarin abzutreten, und dasselbe bis zur Uebergabe zum Vortheile der Legatarin zu verwahren und zu verwalten; indem die Legatarin sich den Besitz der vermachten Sache eigenmächtig nicht anmaßen durfte, ALR. I 12 §§ 305 bis 311. Hieraus, verbunden mit dem Umstande, daß die Erbschaft des F. mit allen darin begriffenen Rechten vermöge des Gesetzes auf die verklagten Testamentserben beim Tode des Erblassers überging (ALR. I 9 § 368), ergiebt sich die Passiv-Legitimation der Verklagten, welche von ihnen mit Unrecht bestritten wird. In dieser ihrer Verpflichtung und Passiv-Legitimation als Testamentserben, der Legatarin gegenüber, konnte auch dadurch nichts geändert werden, daß nach dem Tode des Testators, nämlich im Jahr 1837, der Besitztitel des streitigen Grundstückes auf den Namen der Verklagten sammt ihren beiden übrigen Geschwistern, als den Intestaterben ihrer Eltern, auf den Grund des älteren Erwerbstitels ihres Vaters Georg F. berichtigt worden ist. Der Testator F. hatte sich in dem Uebertrags-Kontrakte v. 9. März 1829 das

---

auf die im Nachlaß befindliche Sache mit dem Einwand, daß sie eine fremde, nicht schützen kann, folgt schon aus der Unzulässigkeit der exc. de jure tertii, auf welche solch Einwand hinausläuft, vgl. das Erk. Nr. 162, Bd. 1 S. 847 im Eingange, und aus § 385 h. t. Beides beweist, daß § 384 h. t. nicht besagen kann, daß das Legat einer fremden Sache ungültig oder nichtig; das Vermächtniß ist nur soweit ohne Wirkung, als es die Wirkung gegen die Erben beansprucht, welche es gehabt haben würde, wenn die Sache keine fremde oder der Erblasser gewußt, daß sie eine fremde, d. h. der Erbe kann nicht verpflichtet werden, sie dem Legatar als eigne zu übertragen, §§ 377 ff., was als Wille des Erblassers regelmäßig nur anzunehmen, wo er gewußt, daß die Sache ihm nicht gehörte. Ein Beispiel zu § 385 giebt ähnlich wie Erk. c. RG. 4 S. 261, 262, wo A. dem B. ein Ackerstück vermacht, welches er

Eigenthum an dem jetzt streitigen Grundstücke vorbehalten; der Georg F., Vater der Verklagten, sowie aller im Jahr 1837 eingetragenen sechs Geschwister F., hatte dagegen die Verpflichtung übernommen, dieses Grundstück für den F. zu kultiviren. Durch diese Stipulation war der F., hätte derselbe auch damals noch keinen eigenthümlichen Erwerbstitel, in Folge des Eintausches des streitigen Grundstückes gegen ein ihm zugehöriges Grundstück, für sich gehabt, ohne Zweifel vollständiger Besitzer, dem Georg F. seinem Verwalter gegenüber, geworden ALR. I 7 § 71. Dieser vollständige Besitz des streitigen Grundstückes blieb bis zum Tode des Testators ungeändert und ging bei seinem Tode im Jahr 1835 auf die Verklagten, als seine Testamentserben, von selbst mit der Verpflichtung, das Grundstück an die Legatarin abzutreten, über. Wollten nun die Erben des am 10. April 1836 verstorbenen Georg F. Ansprüche auf das vermachte, zum Nachlaß des F. gehörige Grundstück machen, so mußten die Testamentserben des F., die Verklagten, nach § 301 I 12 ALR. verfahren. Hätten die Verklagten diesen gesetzmäßigen Weg eingeschlagen, so würden die Kläger sich in der günstigeren Stellung befunden haben, das vollständige Besitzrecht des Testators gegen die Ansprüche der Erben Georg F. zu behaupten. Sie würden auf jeden Fall die Zurückgabe des vermachten Grundstückes aus dem Nachlaß des Testators an die Erben Georg F. so lange haben verweigern können, bis diese das von ihrem Vater dagegen erhaltene Grundstück des F. dem Nachlaß desselben ebenfalls zurückgeliefert hätten. Die Verklagten haben dagegen den gesetzwidrigen Weg eingeschlagen, indem sie den Besitztitel auf den Namen der Intestaterben des Georg F., einschließlich ihrer selbst, haben eintragen lassen. So wenig sie das zum Nachlaß des F. gehörige, der Klägerin vermachte Grundstück als Testamentserben eigenmächtig einem Dritten überliefern durften, ebensowenig waren sie befugt, dasselbe für sich selbst und ihre beiden Geschwister in Besitz zu nehmen. In gleicher Weise, wie der Erbe, welcher die vermachte Sache veräußert hat, nach § 313 a. a. O. dem Legatar das ganze Interesse vergüten muß, so müssen auch die Verklagten, als Testamentserben, den Klägern wegen ihrer Ansprüche an das vermachte Grundstück, welches die Verklagten dem Nachlaß des Testators entzogen haben, gerecht werden. Die persönliche Klage auf Herausgabe des gemachten Grundstückes sammt den Nutzungen, welche der vorige Richter den Klägern übrigens nur vom Tage der Klagebehändigung an zugesprochen hat, ist daher gegen die verklagten Testamentserben vollkommen begründet, und der Einwand der fehlenden Passiv-Legitimation erscheint hiernach überall als hinfällig.

Ebensowenig kann der Haupteinwand, daß das Legat nach § 384 I 12 für wirkungslos zu erachten sei, als begründet angesehen werden. Die Bestimmungen I 12 §§ 377—385 über das Legat einer fremden Sache beginnen mit der Vorschrift des § 377. Demnächst bestimmen die §§ 383—385. Das Gesetz denkt sich, wie aus den erstgedachten Bestimmungen hervorleuchtet, hier unter einer fremden Sache eine solche, die sich im Besitze eines Dritten befindet, und die, um das Legat zu erfüllen, erst von dem Erben erworben und herbeigeschafft werden muß. Ein solches Legat, und daß der Testator dem Erben eine solche Pflicht habe auferlegen wollen, soll nicht vermuthet werden; und es soll daher das Legat ohne Wirkung sein, wenn der Testator eine Sache, die wirklich eine fremde war, die also, um sie dem Legatar zu verschaffen, erst zu er-

---

durch Tausch und bez. Kaufvertrag erworben, die der obervorm. Genehmigung bedurften und unwirksam wurden, als diese nach seinem Tode versagt wurde. Hier folgte der dem Legatar gegen den 2. Richter zugesprochene Anspruch auf Rückgabe bez. Rückzahlung gegen den Verkäufer zwar nicht aus dem falschen Satze, pretium succ. in loc. rei, aber sicher aus § 385 h. t. Ausgeführt ist in dem Urtheil, daß konkret zu fragen, was der Erbl. dem Legatar zuwenden gewollt, ob nur eine Sache aus seinem Nachlasse oder eine Sache ohne Rücksicht darauf, ob sie seine oder eine fremde, also so, daß der Erbe aus dem Nachlaß aufwenden müsse, um sie dem Legatar zu schaffen. Jedenfalls habe der Erbe zu leisten bez. gebühre dem Legatar, was ohne solche Aufwendung zu leisten möglich. (Besitz, Genuß, publiciana). Auch hier ist wie im Erk. c. auf § 301 h. t. Bezug genommen.

Ueber ein Legat eines Handelsgeschäfts mit Firma ohne Aktiva und Passiva vgl. den Fall RG. 9 S. 81.

werden sein würde, als seine eigene, nicht erst anzuschaffende, vermacht hat. Das Gesetz spricht hier also keineswegs von dem hier vorliegenden Falle, wenn die vermachte Sache sich bereits im vollständigen Besitze des Testators befunden hat und als solche im Nachlasse sich vorfindet. Eine solche Sache kann im Sinne des Gesetzes nicht als eine fremde betrachtet werden. Der Testamentserbe ist nicht befugt, um deswillen dem Legatar die im Nachlasse befindliche Sache vorzuenthalten, und das Legat selbst auf den Grund des § 384 als wirkungslos anzufechten, weil nach seiner Ansicht der Erwerbstitel des Testators in Beziehung auf die vermachte im Nachlaß befindliche Sache rechtlichen Bedenken unterliegt, und einem Dritten Ansprüche darauf zustehen. Eine solche Sache, die er nicht erst anzuschaffen hat, muß er aus dem Nachlaß dem Legatar überliefern, und es nach § 301 a. a. O. diesem überlassen, die Ansprüche Dritter zu erwarten und zu bekämpfen. Auch die eigenen Ansprüche des Erben auf die vermachte Sache dürfen ihn von der Ablieferung an den Legatar umsoweniger abhalten, als der Testator nach den §§ 374, 375 a. a. O. das besondere Eigenthum des eingesetzten Erben einem Dritten vermachen kann, und es dabei auch nicht darauf ankommt: ob der Testator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre. Das Legat zu Gunsten der Klägerin muß daher von den Verklagten auf jeden Fall als ein gültiges Legat anerkannt und erfüllt werden.

Nr. 231a. §§ 288—300, 301—327, 328—331, 366—372, 373 ff., 399, 401 ff., 405, 408 ff. Vermächtniß. Der Inhalt, Wirkungen. (Erwerb. Sicherstellung.) Verhältniß zum Onerirten.*)

a. Erk. v. 30. Mai 1856; StrA. 21 S. 240.
b. Erk. v. 26. Sept. 1873; ObTr. 70 S. 373.
c. Erk. v. 28. Febr. 1879; ObTr. 83 S. 18.
d. Erk. v. 12. Febr. 1858; ObTr. 37 S. 341.

Im Fall a. hatten die Eltern des Klägers in ihrem wechselseitigen Testamente ihm ein bestimmtes Bauerngut zur Uebernahme nach der Grossjährigkeit ausgesetzt, der überlebende Vater aber in einem späteren einseitigen Testamente das Gut einem anderen Sohne vermacht, an den es nach dem Tode des Vaters von dem Vormunde des minderjährigen Klägers und den übrigen Erben verpachtet wurde. Nachdem Kläger die Grossjährigkeit erreicht, klagte er gegen den im Pachtbesitze befindlichen Bruder auf Einwilligung in die Berichtigung des Besitztitels des Guts für ihn, weil das einseitige Testament des Vaters ungültig, und auf Herausgabe des Guts nebst Nutzungen seit seiner Grossjährigkeit. — Im Falle b. waren der Klägerin 2000 Thlr. in Berl.-Potsd.-Magdeb.-Eisenbahn-Prioritäten zu 4 Prozent vermacht, von den erst zwei Jahre nach dem 1865 erfolgten Tode der Erblasserin legitimirten Erben diese Papiere auch ausgehändigt, Zinsen aber nur seit 1867 gezahlt, während die Klägerin

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 642—649; Dernburg 3 §§ 143—146; Förster (Eccius) 4 §§ 252, 276. — Der Inhalt und die rechtl. Natur des Rechts des Vermächtnißnehmers aus dem Vermächtniß ist verschieden nach dem Objekt des Vermächtnisses. Ein persönl. Anspruch ist unter allen Umständen vorhanden und zwar mit dem Tode des Vermächtnißgebers, auch da, wo das Vermächtniß bedingt, betagt, dem substituirten Erben oder Legatar auferlegt, oder wo es selbst auf Substitution beruht. Nach §§ 338, 366 h. t. ist § 383 I 9 auf Vermächtnisse nicht anwendbar, StrA. 94 S. 157, 163; es giebt keine Frist für Erklärung über Erwerb und Entsagung. Der Legatar kann von diesem Moment ab über diesen Anspruch als ein Vermögensrecht verfügen und transmittirt den Anspruch auf seine Erben. Vgl. darüber

die Koupons bez. Zinsvergütung seit dem Todestage verlangte. Ihre Klage ist durchgedrungen. — Im Falle c. waren der Klägerin 9000 M. mit der Bestimmung legirt, dass sie innerhalb 6 Monate nach dem Tode der Erblasserin durch Ueberweisung von Hypotheken aus dem Nachlass zu berichtigen. Sie verlangte Zinsen seit Ablauf der Ueberlegungsfrist nach § 328 h. t., während die Erben Zinsen nur von Ablauf der 6 Monate bewilligten. Die Klage ist abgewiesen. — Im Falle d. hatte der mit Hinterlassung eines Bruders gestorbene Testator J. v. J. einen Erben nicht ernannt, seiner Wittwe aber den lebenslänglichen Niessbrauch mit der Bestimmung ausgesetzt, dass sie die persönlichen Schulden aus den Nachlassaktiven, ev. aus dem sonstigen Nachlass berichtigen solle. Daneben hatte er mehrere Landgüter an verschiedene Personen legirt und diesen die Verpflichtung zur Tragung der persönlichen Schulden, soweit sie nicht aus den Nachlassaktiven zu decken, auferlegt. In einem Prozesse zwischen diesen Legataren und dem Bruder H. v. J. wurde rechtskräftig erklärt, dass H. v. J. als einziger Intestaterbe des J. v. J. zu erachten. Auf Grund dieses Judikats nahmen die Erben der Wittwe die des H. v. J. auf Erstattung von Beträgen in Anspruch, welche die Wittwe zur Bezahlung persönlicher Schulden aus den Einkünften des Niessbrauchs verwendete. Es wurde bestritten, dass H. v. J. Erbe, auf Grund des früheren Judikats dies aber als festgestellt erachtet.

Gründe: a. Es kann die Frage, ob der Kläger berechtigt ist, seinen Anspruch auf das wechselseitige Testament seiner Eltern zu gründen, oder ob ihm die letztwillige Disposition seines Vaters entgegensteht, ebenso dahingestellt bleiben, als die Erörterung der Frage, ob Kläger nach jetzt erlangter Majorennität und nach seinem ausgesprochenen Willen, das elterliche Gut unter den gestellten Bedingungen übernehmen zu wollen, nur, wie beide Vorderrichter annehmen, das Recht habe, auf Abschluß eines Ueberlassungsvertrages anzutragen, weil jedenfalls seine Klageanträge in der angebrachten Art und zur Zeit nicht gerechtfertigt sind.

Er verlangt in seinem ersten Antrage: die vom Verklagten verweigerte Einwilligung in die Berichtigung des Besitztitels vom Bauergute auf seinen Namen in Gemäßheit der letztwilligen Verordnung v. 28. März 1843 durch Urtheil zu ergänzen.

Selbst in dem für den Kläger günstigsten Falle, daß in Betreff des in Rede stehenden Bauergutes nur das wechselseitige Testament maßgebend ist, daß ihm hiernach das Gut vermacht worden, und daß in Folge dessen nach § 288 I 12 das Eigenthum des legirten Gutes auf ihn nach Eintritt der gestellten Bedingungen übergegangen, kann er zur Zeit die Einwilligung des Verklagten in die Berichtigung des Besitztitels noch nicht fordern.

ObTr. 38 S. 170, Nr. 230a; RG. 11 S. 258; StrA. 62 S. 236 (Fall des Legats aus wechselseitigen Testament) zu II 1 §§ 481 ff., 492, 493. Nur persönl. Anspruch ist das Recht da, wo der Gegenstand des Legats durch eine Handlung des Onerirten oder Berechtigten erst zu individualisiren oder selbst eine Handlung ist, bei alternativem und Grundlegat, bei Legat fremder Sachen, wo der Onerirte zu verschaffen hat, §§ 377, 403, 404, im Falle § 416, vgl. unter Nr. 231, bei der liberatio legata. leg. liber., leg. deb., ebenso in §§ 441 ff., 447. Dasselbe muß auch für den Fall des § 374 h. t. gelten, da § 288 h. t. sich nur auf die im Nachlaß befindlichen Sachen und Rechte beziehend, nicht einen modus der Aufhebung fremden Eigenthums bedeuten kann. Ueber die Tragweite des § 288 selbst, der sich danach jedenfalls nur auf solche spezielle, individuelle Sachen und Rechte bezieht, die im Nachlaß befindlich oder durch den letzten Willen an demselben konstituirt, — gehen die Ansichten auseinander, worauf Erk. b. hindeutet. (Koch, Komment. Note 45 zu § 288 h. t., Erbr. § 133; Gruchot, Erbr. 1 S. 556, 561; Dernburg a. a. O. § 144; Förster (Eccius) § 276 II.) Nach dem Erk. a. nimmt das ObTr. auch hier nur einen persönl. Anspruch an. In Uebereinstimmung damit wird in StrA. 85 S. 301 deduzirt, daß die §§ 288, 408 h. t. nur das Verhältniß des Legatars zum Erben regeln und ihn berechtigen, die Uebergabe der legirten Sachen bez. die Ueberweisung der legirten Forderung (deren Cession) vom Erben zu fordern. Vgl. auch StrA. 77 S. 187 Nr. 231b, wo indessen implicite das Eigenthum des Legatars anerkannt, da das Eigenthum des Erben an der legirten Nachlaßforderung verneint wird, von einem Eigenth.

Die Erben sind unbestritten im gemeinschaftlichen Besitze des Grundstückes, und sie haben mit Einschluß des Klägers dasselbe an einen Miterben, den Verklagten, verpachtet. Dieser widerspricht in seiner Eigenschaft als Erbe dem Antrage nicht allein, sondern behauptet sogar, daß ihm selbst in dem väterlichen Testamente das Gut vermacht worden sei.

Es ist nun aber bekannten Rechtens und ergiebt sich aus den Vorschriften der §§ 294, 311, 312 I 12: daß die Bestimmungen des § 288 a. a. O. nicht wörtlich zu verstehen, daß vielmehr zur Erlangung des vollständigen Eigenthums der legirten Sache die Uebergabe derselben an den Legatar von Seiten der Erben gehört, und daß im Falle der Weigerung oder Verzögerung dem Legatar gegen die Erben nur ein Forderungsrecht mit einer persönlichen Klage aus dem Testamente auf Uebergabe der Sache zusteht.

Bedarf es hiernach zur vollständigen Erlangung des Eigenthums erst der Uebergabe des legirten Gutes, hat eine solche noch nicht stattgefunden, und hat in Folge dessen der Kläger also bisher das vollständige Eigenthum an dem fraglichen Gute noch nicht erlangt, so genügt dies, um sowohl den ersten, als auch den zweiten Klageantrag als hinfällig zurückzuweisen, ohne daß es eines näheren Eingehens auf die vom Verklagten anderweit erhobenen Einreden bedarf. Denn in Betreff des auf Einwilligung in die Besitztitel-Berichtigung gerichteten Klageantrages muß dem App.-Richter darin beigetreten werden, daß die Einwilligung in die Besitztitel-Berichtigung, sowie die Besitztitel-Berichtigung selbst, den Erwerb des Eigenthums seitens des Prätendenten voraussetzt.

Die Einwilligung in die Besitztitel-Berichtigung ist kein Mittel zum Eigenthumserwerb, sondern ein Anerkenntniß des bereits erworbenen Eigenthums zum Zwecke der Beglaubigung desselben durch das Hypothekenbuch. Zur Anerkennung eines noch nicht existirenden Rechtszustandes ist Verklagter aber nicht verbunden.

Auch die §§ 65, 66 des ersten Titels der Hyp.-O. setzen, indem sie die Einwilligung des Erben behufs Berichtigung des Besitztitels auf den Namen eines Singular-Successors erfordern, dabei voraus, daß dieser bereits durch Uebergabe des Grundstücks von Seiten der Erben Eigenthum an demselben erworben hat.*)

Der zweite Antrag auf Verurtheilung des Verklagten, dem Kläger den alleinigen Naturalbesitz des fraglichen Bauergutes nebst Zubehör einzuräumen, und die seit der Majorennität des Klägers gezogenen Nutzungen herauszugeben oder zu vergüten, ist aber lediglich nur auf die Behauptung gegründet, daß Kläger als Präle-

---

*) Vgl. § 65 EigenthGes., §§ 53, 85 GrBO.

---

des Erblassers aber nicht die Rede sein kann. Von dem Eigenthum des Legatars geht auch § 53 der GrBO. aus, der nicht Auflassung, sondern nur Einwilligung des Erben in die Eintragung des Eigenthums des Legatars oder Judikat fordert, ebenso wie § 65 Abs. 2 EigenthGes. u. § 85 GrBO. Einwilligung des Erben zur Umschreibung der legirten eingetragenen Post fordert. Weder aus § 248 noch aus §§ 294, 295, 306—308, 311, 312 h. t. folgt etwas gegen die dem unzweideutigen Wortlaute des § 288 h. t. entsprechende Annahme, daß der Legatar unmittelbar Eigenthümer wird. Denn die citirten §§, von denen auch § 306 ebenso wie § 301 h. t. das Eigenth. des Legatars supponirt, enthalten nichts als eine Beschränkung des Legatars zum Schutz des Erben gegen vorzeitige Verfügungen des Legatars, der unter Umständen sich zur Berichtigung der Schulden, Vermächtnisse und des Pflichttheils Abzüge gefallen lassen muß, auf welche der Erbe einen persönl. Anspruch hat. Solch Schutzmittel bieten auch die citirten §§ 53, 85 GrBO., § 65 EigenthGes. Daraus folgt, daß der Legatar die vermachte Forderung nicht mit Umgehung des Erben von dem Schuldner einziehen darf, StrA. 77 S. 187, 189, 85 S. 301. In letztrem Falle war dem Kläger eine Hypothek, dem Ehemann der Erblasserin der Nießbrauch derselben legirt, dessen Ausübung letztrer dem Kläger cedirt hatte, der die Hyp. gegen den Besitzer des verpfändeten Grundstücks einklagte. Die Klage ist auf den Einwand des Bekl., daß die Legitimation fehle, abgewiesen, weil § 311 auch die eigenmächtige Realisirung des vermachten Rechts verbiete.

Unbedenklich sind die Erk. b. u. c. Aus dem Eigenth. des Legatars an der legirten

gatar schon vollständiger Eigenthümer desselben geworden und deshalb das Gut zu vindiziren berechtigt sei, und fällt daher mit der Grundlosigkeit dieser Behauptung von selbst. Auch kann der Umstand, daß, wie Kläger behauptet, sämmtliche übrigen Erben, mit Ausnahme des Verklagten, in die Ueberlassung des Guts an den Kläger und die Besitztitel-Berichtigung gewilligt haben, hierbei nicht releviren, weil Kläger immer noch nicht das Alleineigenthum an dem in Rede stehenden Gute erlangt haben würde. Kläger hat, wenn sein Anspruch aus dem wechselseitigen Testamente seiner Eltern begründet ist, nur das Recht, auf Grund dieses Titels gegen die Erben auf Uebergabe des Guts, und zwar gegen Erfüllung der ihm selbst nach dem Testamente obliegenden Verpflichtungen, zu klagen. Gegen den Verklagten allein konnte er eine Klage umsoweniger anstellen, als dieser auf Grund des mit ihm und den übrigen Erben geschlossenen Vertrages im Pachtbesitze des Gutes sich befindet, und derselbe nach Ablauf der Pacht zunächst nur den sämmtlichen verpachtenden Erben die Rückgewähr des Gutes zu leisten hat.

Gründe: b. Der App.-Richter hat angenommen, daß die Aktien, von denen der Klägerin ein Nominalbetrag von 2000 Thlrn. zugewendet werden sollte, sich bereits im Besitze der Erblasserin befanden, und daß ein Legat bestimmter Werthpapiere vorliege, daß der Umstand, daß dieselben von den anderen zum Vermögen der Erblasserin gehörenden, der Frau G. vermachten, derartigen Papieren nicht durch Bezeichnung von Serien und Nummern geschieden worden, ihnen nicht den Charakter bestimmter Sachen im Gegensatze zu legirten Summen baaren Geldes nehmen könne, und daß, weil es sich um das Legat einer Sache handele, nach den §§ 306, 307 I 12 die verklagten Erben die vom Todestage der Erblasserin an auf Grund der den Aktien beigefügten Koupons erhobenen, zu den Früchten und Nutzungen der Aktien gehörenden Zinsen der dazu allein berechtigten Legatarin herausgeben müßten.

Ohne Grund beschuldigen die Verklagten den App.-Richter durch diese Ausführung, die Natur und den wesentlichen Charakter des zu beurtheilenden Rechtsgeschäftes, nämlich des Legates einer Quantität fungibler Sachen verkannt und die §§ 288, 305, 306, 307 I 12 durch unrichtige, sowie die §§ 403, 388, 389, 294, 328, 330 das. durch unterlassene Anwendung verletzt zu haben.

Von einer Verletzung der §§ 328, 330, welche von den in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Vermächtnissen handeln, kann selbstverständlich nicht die Rede sein, da unstreitig die Klägerin keine bestimmte Geldsumme, worunter nur eine in geprägtem baaren Gelde oder in gemünztem Papiere, d. h. in vom Staate oder mit dessen Genehmigung ausgegebenen Geldzeichen, welche, wie Kassenan-

---

individuellen Sache (Einzelsache oder Inbegriff) und aus §§ 305 ff., 405 folgt sein Eigenth. an dem Zubehör zur Zeit des Erwerbs, d. h. des Todestags. Erk. b. In ObTr. 19 S. 168 hatte der Erblasser seinem Enkelsohn eine bestimmte Freihäuslerstelle nebst Zubehör legirt, und nach Errichtung des Testaments zwei Parzellen zuerworben, die er der Stelle hatte zuschreiben lassen. Die Erben wollten die Parzellen nicht als Theil des Legats gelten lassen, dieselben sind aber dem Legatar auf Grund § 405 h. t., §§ 42, 44 I 2 zugesprochen, die Berufung der Erben auf die offenbar unzutreffenden §§ 317—319 h. t. abgewiesen. Für bedingtes und betagtes Legat bestimmen die §§ 482, 483, 486 h. t. Für den Eigenthumserwerb dabei gilt alles, was für die Substitution gilt. Die §§ 294—296 haben mit dem Eigenthumsübergang und dessen Einfluß auf den Umfang des Erwerbs nichts zu thun, wohl aber bestimmt § 294 nach § 328 h. t. abweichend vom röm. R. l. 39 § 1 d. 30 I, l. 1, 4, C. 6, 47 den Zinsenlauf bei Vermächtniß von Geldsummen, §§ 289, 328, 416. Daß die Zinsen bei bedingtem und betagtem Geldvermächtniß erst von Erfüllung der Bedingung, § 484, bez. vom Eintritt des dies ab laufen, folgt aus §§ 483, 486 direkt. Die Zinsen sind, wie §§ 329, 331 h. t. ergeben, Zinsen ex lege, nicht Verzugszinsen, daher der Erbe durch Annahmeweigerung nicht befreit wird. So Erk. c. und übereinstimmend StrA. 76 S. 183 u. ObTr. 70 S. 355 (StrA. 90 S. 231) Nr. 168 Erk. c., Bd. 1 S. 888, wo zugleich angenommen, daß die Ueberlegungsfrist den unbekannten Erben von der Publikation des Testaments an den ihnen bestellten Kurator läuft. In StrA. 76 S. 183 war testirt, daß das Legat zahlbar nach Verkauf

weisungen und Banknoten, im Verkehre den vollen Werth eines gleich hohen Betrages von Metallmünze haben, zu verstehen ist, vermacht erhalten hat. Gegenstand des in Rede stehenden Legates sind Eisenbahn=Prioritäts=Aktien, welche, gleich anderen zum Kapitals=Vermögen, im Gegensatze des baaren Vermögens (§ 11, 12 I 2 des ALR.), gerechneten Inhaberpapieren (Staatsschuldscheinen, Pfandbriefen ꝛc.) im Sinne des § 3 a. a. O., den Sachen im engeren Sinne beizuzählen sind, wie bereits in ObTr. 17 S. 155 ff.*) anerkannt ist. Ebensowenig kann den App.=Richter der Vorwurf einer Verletzung der §§ 294, 403 I 12 durch unterlassene Anwendung treffen, des § 294 nicht, weil die Bestimmung, daß der Legatar die Uebergabe oder Auszahlung des Vermächtnisses gleich nach dem Ablaufe der Deliberationsfrist fordern könne, mit der Frage, ob mit der vermachten Sache auch Früchte derselben dem Legatar mit zu übergeben sind, in gar keinem unmittelbaren Zusammenhange steht, und des § 403 nicht, weil der darin vorausgesetzte Fall, daß sich Stücke der Gattung von Sachen, von welchen dem Legatar ein Stück ohne weitere Bestimmung vermacht sei, im Nachlasse nicht vorfinden, nach der thatsächlichen Feststellung des App.=Richters offenbar nicht vorliegt.

Wenn sich auch der App.=Richter darüber nicht ausgesprochen hat, zu welcher der „besonderen Arten" der Vermächtnisse von Sachen, wovon in den §§ 373 bis 407 I 12 die Rede ist, das Legat der Klägerin, seiner Ansicht nach, beizuzählen sei, so nöthigt doch die Ausführung desselben nicht zu der Annahme, daß er das Legat als Vermächtniß von bestimmten (individualisirten) Sachen im Sinne der §§ 405 ff. angesehen und verkannt hatte, es liege ein Vermächtniß nur generisch, der Gattung nach, bezeichneten Sachen (legatum generis) vor. Wenn er von legirten bestimmten Werthpapieren spricht, so bezieht sich der Ausdruck „bestimmt" nur darauf, daß die Art der Werthpapiere, nämlich 4procentige Potsdamer Prioritäten, unterschiedlich von anderen Arten von Inhaber=Papieren, bestimmt bezeichnet sind. Auch legt er diesen ohne Bezeichnung nach Serien und Nummern vermachten Prioritäten den Charakter bestimmter Sachen, ausdrücklich nur im Gegensatze zu legirten Summen baaren Geldes bei und hebt dann weiter nur hervor, es handele sich um das Legat einer Sache, nicht aber einer individuell bestimmten Sache. Der Vorwurf der Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des vorliegenden Vermächtnisses, als Legates einer Quantität fungibler Sachen, erledigt sich aber schon von selbst, weil Prioritäts=Aktien und Inhaber=Papiere überhaupt nicht in allen Stücken die rechtliche Natur fungibler, d. h. rechtlich nur in ihrer Qualität und Quantität

---

*) Nr. 33, Bd. 1 S. 120.

---

des Nachlaßgrundstücks, ev. nach 6 Monaten vom Todestage des Erblassers ab auf dem Grundstücke einzutragen; hier ist Verzinsung nach Ablauf der 6 Monate zugesprochen. Vgl. auch §§ 302—304 h. t.

Die Sache erhält der Legatar mit den darauf ruhenden Lasten, §§ 325—327 h. t. In ObTr. 49 S. 152 hatte A. seine Tochter zur Erbin eingesetzt und seinen Geschwisterkindern zwei Güter vermacht, welche er 1855 an B. verkauft, 1856 von B. zurückgekauft hatte, wobei von 57500 eingetragenen Kaufgeldern, die B. 1855 schuldig geblieben, 51500 mit dem Kaufgelde kompensirt wurden, welches A. beim Rückkauf 1856 mit B. stipulirt hatte. Diese 51500 waren ungelöscht stehn geblieben und gemäß Anh. § 52 als Eigenthum des A. anzusehn. Der Legatar forderte von der Erbin Einwilligung in die Löschung. Die Klage ist in 2. und 3. Instanz durchgedrungen, wobei vom ObTr. außer verschiedenen aus dem präsumtiven Willen des Testators entnommenen Gründen geltend gemacht: der § 325 fordere nach seinem Zusammenhange mit § 326, daß die Last eine Erbschaftslast; davon sei, wo die getilgte Hypothek Eigenthum des Erblassers geworden, nicht die Rede. Diese Begründung ist, soweit sie nicht auf dem entscheidenden Willen des Testators ruht, von sehr zweifelhaftem Werth. Der § 326 setzt allerdings Lasten zu Lasten den Erben voraus, aber daraus folgt nicht, daß die Hyp., die durch den Eigenthumswechsel Aktivum des Nachlasses wurde, dadurch zugleich untergegangen. Das Gegentheil kann jedenfalls gewollt sein und dies wird immer entscheiden.

Der Anspruch geht gegen den Onerirten (Erbe, Legatar, Substituten), vgl. §§ 544, 545

von Interesse seiender Sachen haben, wie auch in neueren Gesetzen z. B. in der Konk.O. v. 8. Mai 1855 anerkannt ist, in dessen § 17 von Kauf- und Lieferungs-Geschäften über fungible Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben oder über geldwerthe Papiere geschlossen sind, die Rede ist.

Wie schon bemerkt, liegt hier das Vermächtniß generisch, der Gattung nach, bezeichneter Sachen vor und zwar einer durch Angabe des Nominalwerthes der Aktien bestimmten, Quantität (Stückzahl) dieser im Besitze der Erblasserin gewesenen Gattung. Wenn nun auch, weil die Erblasserin die Stücke nicht genauer, nicht nach Serien und Nummern, bezeichnet hat, eine Auswahl unter den von ihr besessenen und nachgelassenen Stücken dieser Gattungssachen stattzufinden hatte, und insofern die in den §§ 388 ff. I 12 für „Vermächtnisse der Wahl" gegebenen besonderen Vorschriften anwendbar waren, so schließen diese Regeln doch keineswegs die Anwendbarkeit der für Sachenlegate überhaupt geltenden Bestimmungen der §§ 288 ff. aus. Kaum verständlich ist es aber, wie der App.-Richter durch die Anwendung der §§ 306, 307 die Vorschriften der §§ 388, 389, welche nur bestimmen, daß, wenn eine Wahl unter mehreren Sachen getroffen werden müsse, dieselbe, der Regel nach, dem Erben gebühre, durch Nichtanwendung verletzt haben könnte. Nach den §§ 305—307 kann es keinem Bedenken unterliegen, daß die natürlichen Früchte einer vermachten, zu einer fruchttragenden Gattung gehörenden Sache, auch wenn deren Individualität erst durch die Wahl des Erben bestimmt wird, dem Legatar vom Erbanfalle an als Zuwüchse mit zugewendet sind. Wenn Jemand vom Erblasser eine seiner tragenden Kühe vermacht erhalten hat, so muß der Erbe die Auswahl unter allen beim Tode des Erblassers in diesem Zustande befindlichen Kühen treffen, und es versteht sich von selbst, daß er, wenn er die Wahl trifft, erst nachdem alle derartigen Kühe schon gekalbt haben, dem Legatar, außer der gewählten Kuh, auch das von derselben in der Zwischenzeit geworfene Kalb mit zu übergeben schuldig ist. Wie mit den natürlichen Früchten, verhält es sich im Wesentlichen auch mit den Civilfrüchten. Prioritäts-Aktien sind Früchte tragende Sachen, da sie Zinsen tragen, Zinsen aber, als Nutzungen zinsbarer Kapitalien, zu den Früchten im weiteren Sinne gehören (§ 110 I 2, § 220 ff. I 9 ALR.), welche das ALR. mit zu den An- und Zuwüchsen rechnet. Die zur Erhebung der Zinsen legitimirenden, für jede dieser Aktien besonders ausgefertigten Koupons sind zwar für den Verkehr selbstständige Inhaberpapiere, aber so lange darüber nicht besonders verfügt ist, als Zubehör der Aktie, für welche sie zur leichteren Erhebung der darin zugesicherten Zinsen ausgefertigt sind, anzusehen. Es ist nicht festgestellt, auch nicht einmal behauptet, daß die Erblasserin über die zu den von ihr besessenen Potsdamer Prioritäts-Aktien

---

h. t., ev. gegen den, der nach § 277 ff. h. t. in Folge Destitution des Testaments an dessen Stelle getreten. Dies wird nach § 173 h. t. auch bei dem leg. her. praes. inj. gelten müssen. In StrA. 19 S. 219 hatte A. einen bestimmten Fonds für zwei Anstalten ausgesetzt, der aber mit dem Moment der Errichtung eines jüdischen Waisenhauses an dieses fallen, aus dem ferner ein Kapital der unv. B. bei ihrer Verheirathung gezahlt werden, während die Zinsen dieses Kapitals bis dahin den Eltern der B. zustehn sollten. Der Erbe deponirte den Fonds, weil verschiedene Anstalten ihn prätendirten, und es fragte sich, an wen die Eltern der B. sich wegen der Kapitalszinsen halten sollten. Das ObTr. hat die Klage gegen den Erben als den ersten Onerirten zugelassen, da dieser bis zur Bestimmung des Hauptlegatars den Fonds besitze und verwalte. Selbstverständlich ist, daß nur der Anspruch auf das Legat mit dem Onerirten auszumachen ist, nicht bei mehreren Kollegataren der Anspruch auf die Theilnahme an demselben, wenn solche zwischen ihnen streitig. In ObTr. 22 S. 315 (StrA. 5 S. 43) war A. Universalerbe, an Kinder und Kindeskinder verstorbener Geschwister des Erblassers ein Legat mit Anrecht nach Stämmen vermacht. Die Nachkommen von drei Schwestern meldeten und legitimirten sich, außerdem noch andere Personen als Abkömmlinge einer vierten Schwester. Als diese gegen jene auf das ihnen bestrittene Theilnahmerecht an dem Legat klagten, wurde excipirt, daß gegen den Erben geklagt werden müsse, was der 2. Richter auch annahm, offenbar irrig, da es sich nicht um den Anspruch auf das Legat gegen den Erben handelte, der nach dem Testamente an die zu zahlen befugt war, die sich ihm als Geschwisterkinder legitimirten und für den es ganz gleichgültig war, wie viele sich in das Legat zu theilen hatten.

gehörenden Zinskoupons besondere Dispositionen getroffen habe, und daraus folgt von selbst, daß die Koupons, welche zu denjenigen Stücken Aktien gehören, welche die Erben aus den von der Erblasserin besessenen Aktien der Klägerin ausgeantwortet haben, soweit sie vorhanden und nach dem Tode der Erblasserin fällig waren, der Klägerin mit zu übergeben gewesen sind. Denn es waren Potsdamer Prioritäten zu 4 Procent, also Sachen, die mit dem Genusse von jährlich 4 Procent Zinsen verbunden sein sollten, Gegenstand des Legates und daher so zu gewähren, daß die Klägerin diesen ihr zugewendeten Genuß auch wirklich beziehen konnte. Dadurch unterscheidet sich wesentlich das Legat eines Zinsen tragenden Inhaber-Papiers von dem Vermächtnisse einer baaren Geldsumme, daß der Legatar letztere, um sie nutzbar zu machen, selbst erst zinsbar anlegen muß, und, da er selbige nicht vor Ablauf der Deliberationsfrist gezahlt zu verlangen berechtigt ist, den Nutzen oder Zinsgenuß auch vorher sich nicht verschaffen kann, während er im ersten Falle die Uebergabe des vermachten Inhaberpapieres in Zinsen tragendem Zustande, also mit den dazu gehörigen Zinskoupons, verlangen kann. Und wenn der Erbe die vermachte Sache bis zur Uebergabe zum Vortheile des Legatars verwahren und verwalten muß, § 306, so folgt daraus unzweideutig, daß er auch bis dahin sich den Vortheil, den dieselbe durch zeitweisen Zinsengenuß gewährt, nicht aneignen, also dem Legatar die Zinsen, mindestens soweit sie vom Todestage des Erblassers an laufen, nicht vorenthalten darf. Da Klägerin selbst nicht mehr, als die vom Tode der Erblasserin laufenden 4 Procent Zinsen verlangt hat, so bedurfte es einer Ausgleichung zwischen ihr und den Erben nur hinsichtlich des ersten nach dem 21. Juni 1865, dem Todestage, am 1. Juli 1865 fällig gewesenen Zinstermines, insofern von den am letzteren Tage zahlbar gewordenen 40 Thlrn. Zinsen ihr nur der geforderte Betrag von täglich 6 Sgr. 8 Pf. zu gewähren war und zwar, je nachdem ihr die am 1. Juli 1865 fälligen Koupons ausgeantwortet wurden oder nicht, entweder so, daß sie die Summe von 38 Thlrn. an die Erben vergütete, oder so, daß sie den Betrag von 2 Thlrn. von diesen gezahlt erhielt. Im Uebrigen hatte Klägerin mit den Prioritäts-Aktien die Zinskoupons für sämmtliche nach dem 1. Juli 1865 fällig werdende Zinstermine mit übergeben zu erhalten.

Die Verklagten haben auch noch den § 288 I 12 als durch unrichtige Anwendung verletzt bezeichnet. Aber diese Rüge, zu welcher der App.-Richter keinen Anlaß gegeben hat, da der § 288 weder von ihm allegirt, noch sonst ersichtlich angewendet worden ist, erscheint nicht minder als verfehlt, weil es sich vorliegend gar nicht um die Frage, von welchem Zeitpunkte der Legatar das Eigenthum einer vom Testator nur generisch bezeichneten, aus anderen in dessen Nachlasse vorhandenen Sachen derselben Gattung durch die Wahl des Erben erst auszuscheidenden, resp. zu individualisirenden Sache erwirbt, resp. ob das Eigenthum einer derartig vermachten Sache nach dem § 288 ohne Weiteres (ipso jure) schon mit dem Todestage

---

Daß der vom Legatar in Anspruch Genommene der Onerirte, Erbe oder Legatar, hat allgem. Grundsätzen nach der Legatar zu beweisen, der ihn in Anspruch nimmt; er hat seine Qualität als Erbe (oder Legatar) u. daß er in dieser Eigenschaft onerirt, zu beweisen. Aus § 295 h. t. folgt zunächst nur ein Schutzmittel für den Onerirten, dem von andren Prätendenten sein Erbrecht (oder Legatarrecht) bestritten wird; bis zur Entscheidung darüber soll der Legatar mit der Befriedigung seines Anspruchs warten müssen. Direkt folgt daraus über die Wirkung des Judikats zwischen den Prätendenten für oder gegen den Legatar nichts, die im Erk. d. angenommene Wirkung des Judikats für, zu Gunsten des Legatars ist indessen aus der ratio des § 295 in Verbindung mit dem § 298 h. t. zu entnehmen, obwohl § 298 sich ersichtlich auf Erbrechtsansprüche nicht bezieht, aus ihm deshalb auch kein Argument dafür entnommen werden kann, daß das Judikat auch gegen den Legatar wirkt. Auch dies muß indessen daraus gefolgert werden, daß das Legat seiner Natur nach auf dem Nachlaß ruht, aus ihm und deshalb von dem zu befriedigen ist, der als Erbe judikatmäßig gelten muß. Vgl. §§ 440, 441 I 16. Eine ganz andere Frage aber ist die, wer von den Erben der Onerirte ist; diese ist zwischen Erben und Legatar auszumachen; Judikat zwischen den mehreren Erben über ihre Theilnahme an der Last kann den Legatar nicht binden. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint StrA. 12 S. 61 richtig. Der Erblasser hatte seine 3 Kinder zu Erben eingesetzt und seiner Haushälterin 2000 legirt. Als letztere das Legat gegen die

des Erblassers auf den Legatar übergeht, sondern darum handelt, ob der Legatar, wenn ihm generisch bezeichnete Früchte oder Zinsen tragende Sachen vermacht sind, die vom Erben gewählten Stücke mit den vom Tode des Erblassers bis zur Uebergabe erzielten, resp. verhältnißmäßig auf diese Zeit treffenden Nutzungen ausgeantwortet verlangen kann, also ein Forderungsrecht an den Erben auf Gewährung dieser Nutzungen hat. Hierüber enthält aber der § 288 keine Bestimmung, und wenn die Nichtigkeits-Beschwerde denselben deshalb, unter Bezugnahme auf das von Gruchot in seinem Erbr. Bd. 1 S. 578 Bemerkte glaubt heranziehen zu können, weil die §§ 305 ff. lediglich eine Konsequenz des im § 288 aufgestellten Prinzipes seien, also da nicht Platz griffen, wo dieses Prinzip, welches nur auf das Legat individuell bestimmter Sachen Anwendung finde, nicht anwendbar sei, so ist diese Ansicht unrichtig und wird nicht einmal durch die allegirte Bemerkung von Gruchot unterstützt, da dieser a. a. O. nur sagt: der Grundsatz des § 305 folge „schon", — nicht aber sagt: er folge „lediglich" — aus dem im § 288 aufgestellten Prinzipe. Es kann hier ganz dahin gestellt bleiben, ob, worüber unter den Rechtslehrern Streit obwaltet, der § 288 überhaupt eine über die Bestimmung des Zeitpunktes, wo der Legatar das Recht auf das Legat erworben hat (ubi dies legati cedit), hinausgehende Bedeutung hat. Jedenfalls sind die Vorschriften der §§ 306, 307 auch Konsequenzen der in den §§ 279 und 311 ebendaselbst getroffenen Bestimmungen, wonach, selbst beim Wegfalle der testamentarisch eingesetzten Erben, von den an deren Stelle tretenden Intestaterben den Verordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse Genüge geleistet werden muß, und wonach, unbeschadet der hinsichtlich des Eigenthums-Ueberganges der zum Legate ausgesetzten Sachen oder Rechte im § 288 gegebenen Vorschrift, kein Legatar des Besitzes der vermachten Sache sich eigenmächtiger Weise anmaßen darf, sondern nur ein Forderungsrecht auf Uebergabe der Sache hat, was bei dem Legate einer nur der Gattung nach bestimmten Sache selbstverständlich ist. Die Zeitpunkte des dies cedit, der Erwerbung des Rechtes auf das Legat und des dies venit, der Zulässigkeit des Anspruchs auf Uebergabe desselben, liegen aber nach den Vorschriften der §§ 294—296 mehr oder weniger weit auseinander.

Es bedurfte also der Bestimmung, wie es mit der Verwaltung und dem Fruchtgenusse Frucht tragender Sachen in der dazwischen liegenden Zeit gehalten werden solle. Das ALR. hat, abweichend vom röm. R., nach welchem, obwohl, der Regel nach, das Vermächtniß dem Legatar ebenfalls mit dem Tode des Erblassers anfällt, der Erbe bis dies legati venit, und so lange er nicht im Verzuge ist, die Nutzungen der vermachten Sache für sich beziehen, resp. behalten kann, aber auch die Lasten derselben tragen muß, in den §§ 306, 307 dem Erben die Verpflichtung auferlegt, die Sache in der Zwischenzeit zum Vortheile des Legatars zu verwalten und dem-

---

Kinder einklagte, wendeten diese ein, daß das Testament, in welchem sie eingesetzt, von ihrer Stiefmutter auf Grund eines Ehe- und Erbvertrages angegriffen, rechtskräftig für nichtig erklärt, die Intestaterbfolge auf Grund dieses Ehe- und Erbvertrages eröffnet, die Mutter ein Miterberecht erstritten habe. Die Bekl. sind in allen Instanzen verurtheilt, weil das Judikat der Klägerin nicht entgegenstehe, §§ 295, 298 h. t. sich nur auf die Forderungen von Erbschaftsgläubigern beziehen, den allgemeinen Satz, daß das Judikat nur jus inter partes mache, durchgreife. In StrA. 92 S. 132 kehrt der allgemeine Satz ohne Begründung wieder, daß die in einem Prozesse ohne Zuziehung des Legatars ausgesprochene Ungültigkeit des Testaments dem Legatar nicht entgegensteht. In ObTr. 43 S. 141 hatte der Testator seine Tochter zur Erbin eingesetzt, seiner Ehefrau den Nießbrauch des Ganzen während der Minderjährigkeit der Tochter und ein Kapital belassen, seinen Geschwistern mehrere Landgüter legirt. Als die Legatare gegen die Tochter und die im Besitz des Nachlasses befindliche Wittwe auf Herausgabe der Legate klagten, wurde eingewendet, daß der Wittwe nach einem früheren Ehe- und Erbvertrage, gegen den das Testament verstoßen, der von den Klägern bestrittene Anspruch auf $^1/_4$ der Erbschaft als Erbrecht neben dem Kapital zustehe, daß vor Forderung der Legate dieser Streit auszumachen, auch festzustellen sei, ob der Nachlaß ausreiche, sie wegen ihres Erbrechts, die Tochter wegen des Pflichttheils und außerdem die Legate zu befriedigen. In 2. und 3. Instanz ist auch die Klage zur Zeit abgewiesen, weil nach § 295 h. t. der Forderung der Legate die Entscheidung des Streits über die Gültigkeit des Testaments, möge es sich

selben die durch die Verwaltung gewonnenen Früchte und Nutzungen zu gewähren, d. h. mit der Sache selbst herauszugeben.

Gründe: c. Die Parteien streiten darüber, ob das Legat seit dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist oder des für die Berichtigung bewilligten Halbjahres zu verzinsen ist. Vom Standpunkte der Nichtigkeitsbeschwerde aus muß an der Auffassung des zweiten Richters, daß der Klägerin ein Geldvermächtniß gebührte, festgehalten werden. Deshalb kommt allein in Frage, ob dasselbe bereits mit dem Ablaufe der gesetzlichen Ueberlegungsfrist verzinslich geworden ist, trotzdem daß die Erblasserin den Erben für dessen Berichtigung eine weitere Frist gestellt hat.

Der Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde, daß der zweite Richter durch Verneinung dieser Frage die §§ 328—330, 478—487 I 12, §§ 163—165 I 4 und §§ 54—56 I 16 ALR. verletzt habe, ist nicht gerechtfertigt. Allerdings bestimmt der § 328 I 12: „Besteht das Vermächtniß in einer bestimmten Geldsumme, so muß der Erbe dieselbe dem Legatar, von Ablauf der Ueberlegungsfrist an, landüblich verzinsen", und der § 320, daß der Erbe sich von diesem Zinsenlaufe nur in Gemäßheit I 16 Abschn. 3 durch gerichtliche Niederlegung befreien kann.

Allein beide §§ setzen voraus, daß der Erbe mit dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist zur Zahlung des Geldvermächtnisses verpflichtet und der Legatar dieselbe zu fordern berechtigt ist, mithin, daß im Testamente keine hiervon abweichenden Bestimmungen, wie im vorliegenden Falle, getroffen sind. Solches ergiebt sich schon aus der Stellung dieser §§ innerhalb der §§ 288—457, welche von Vermächtnissen überhaupt handeln, während sich erst die späteren §§ 478—518 mit bedingten und betagten beschäftigen. Sodann erkennt der § 294 ausdrücklich an, daß nur „in Ermangelung näherer von dem Erblasser festgesetzter Bestimmungen" der Legatar die Uebergabe oder Zahlung des Vermächtnisses gleich nach Ablauf der gesetzmäßigen Deliberationsfrist fordern kann, und räumen die §§ 295, 296, abweichend von der Regel der §§ 328, 329, dem Erben auch dann, wenn besondere testamentarische Bestimmungen nicht in Betracht kommen, das Recht ein, das Legat über die Ueberlegungsfrist hinaus zurückzubehalten, wenn entweder über die Gültigkeit des letzten Willens prozessirt wird oder der Benefizialerbe sich auf die zweifelhafte Zulänglichkeit des Nachlasses beruft. Auch entspricht es dem § 294, wenn der § 330 vorschreibt, daß die Frist zur Uebergabe oder Bezahlung der vermachten Sache oder Summe nur zu Gunsten des Erben bestimmt ist, letzterer daher die Uebergabe oder Zahlung auch früher leisten kann, ohne zu unterscheiden, ob die Frist die gesetzliche oder eine testamentarische ist.

Schon hieraus folgt, daß der Legatar das befristete Legat vor Ablauf der testamentarischen Frist nicht fordern darf, aber, abweichend von der allgemeinen Regel

---

um Form oder Inhalt handeln, vorangehen müsse, auch wenn der Streit nicht zwischen den Erben, sondern zwischen Erben und Legatar bestehe. — Die Anwendung des § 295 auf diesen Fall erscheint ganz unzutreffend. Ob die Wittwe onerirt werden konnte und wieweit, und darum handelt es sich in Wahrheit, war zwischen dem Legatar und ihr recht eigentlich auszumachen und grade die Klage auf das Legat bot den richtigen Platz dazu. Der § 295, der den Schutz des Erben dagegen bezweckt, daß er das Legat hergiebt, während sich nachher findet, daß er nicht Erbe oder nicht alleiniger Erbe, hat keinen inneren Grund, wo kein Dritter, sondern der Legatar selbst dem Onerirten ein Erbrecht bestreitet, was dieser beansprucht, um sich dem Legat zu entziehen.

Ueber den Umfang der Haftung des Erben gegen den Legatar, wo es sich um Ansprüche handelt, die nicht blos aus dem Nachlaß befriedigt werden können, oder um Ansprüche, die ex culpa des Onerirten an die Stelle solcher Ansprüche getreten, die nur aus dem Nachlaß zu befriedigen, vgl. Nr. 168, 169, Bd. 1 S. 903 ff., insbesondre ObTr. 11 S. 276 Erk. a. Nr. 169, wo bereits davon ausgegangen, daß der Erbe ohne Vorbehalt oder der als solcher zu erachten, auch dem Legatar persönlich haftet, nur nicht dem Prälegatar. Der Grundsatz über die persönliche Haftung auch den Legatar gegenüber ist direkt ausgesprochen in ObTr. 19 S. 124, wo der Testamentserbe weder in der Frist angetreten, noch entsagt, noch Inventar gelegt hatte und dem Legatar, der auf Zahlung des legirten baaren Legats klagte, entgegensetzte, daß der Erblasser durch einen ihm, dem Erben, erst später bekannt gewordenen Vertrag

des § 56 I 16 ALR., die Erfüllung vorher annehmen muß. Die Klägerin folgert mit Unrecht, daß „weil der § 330 a. a. O. das Recht der Zahlung vor Ablauf der besonderen Frist gewähre, es also vom Willen des Erben abhänge, den Zinsenlauf aus dem § 328 a. a. O. zu hemmen, im gedachten Falle eine Befristung oder Betagung für die Verzinslichkeit überhaupt unerheblich sei." Denn der belastete Erbe ist zur früheren Zahlung berechtigt, nicht verpflichtet, und, davon abgesehen, daß die Möglichkeit dazu nicht blos durch seinen Willen, sondern auch durch die obwaltenden Umstände bedingt wird, der Legatar nicht berechtigt, unter Hinweis auf den § 328 a. a. O., entgegen dem § 294, die Zahlung der vermachten Geldsumme vor Ablauf der testamentarischen Frist zu fordern, womit die Voraussetzung fortfällt, von welcher die §§ 328, 329 ausgehen.

Endlich stimmt hiermit der § 486 überein. Danach soll, wenn Jemandem eine Erbschaft oder ein Vermächtniß nur von einem gewissen Tage an beschieden, also durch Testament eine von der gesetzlichen Ueberlegungsfrist abweichende Frist angeordnet ist, ObTr. 70 S. 355 (StrA. 90 S. 231)*) dasselbe gelten, was in den §§ 478—485 von der aufschiebenden Bedingung gesagt ist.

Nach dem § 483 a. a. O. geht aber das Eigenthum des bedingten Vermächtnisses mit Früchten und Nutzungen erst mit dem Tage, wo die Bedingung erfüllt wird, auf den Legatar über, bezw. (§ 484) mit dem Tage, an welchem ihm der Erbe die Erfüllung der Bedingung gemeldet und nöthigenfalls gehörig nachgewiesen hat. Dieselbe rechtliche Wirkung äußert mithin bei Legaten, deren Auszahlung an eine besondere Frist gebunden, der Tag des Ablaufes derselben, ohne daß es, wie der § 487 a. a. O. bemerkt, hierbei eines weiteren Anmeldens des Erben oder Legatars bedarf. Ist also vom Testator eine besondere Frist für die Auszahlung des Geldvermächtnisses an den Legatar bestimmt, so tritt diese besondere Frist an Stelle der gesetzlichen des § 328 a. a. O., welcher nur beim Mangel einer besonderen Bestimmung hierüber zur Anwendung gelangen kann.

Gründe: d. Implorant behauptet, daß der App.-Richter, indem er ausgesprochen, daß durch das Judikat v. 16. März 1844 auch den Erben der Wittwe E. v. J. gegenüber rechtskräftig feststehe, daß H. v. J. der alleinige Intestaterbe des J. v. J. geworden, die Grundsätze von der res judicata, insbesondere die §§ 65—66 Einl. AGO. verletzt habe. Dieser Vorwurf ist aber nicht gegründet. Allerdings hat die Wittwe v. J. an dem Rechtsstreite, in welchem jenes Judikat ergangen ist, nicht Theil genommen, und es ist ein anerkannter Grundsatz, daß auf ein rechtskräftiges Erkenntniß sich nur diejenigen berufen dürfen, unter denen es ergangen

*) Erk. c. Nr. 168, Bd. 1 S. 888.

sein ganzes Vermögen abgetreten habe. Der Erbe ist verurtheilt, §§ 418, 419, 422, 426, 429 I 9; § 296 h. t. Ueber die Geltendmachung des Anspruchs aus dem Legat gegen den Benefizialerben, § 296, 297 h. t., vgl. RG. 5 S. 188; 8 S. 268, 271, 274 unt. Nr. 170, Bd. 1 S. 916, 917, 922 u. § 1 Ges. v. 28. März 1879, § 696 CPO. Durch § 10 des Ges. v. 28. März 1879 ist der Anspruch des Legatars gegen den Erben bei Aufgebot, wenn er sich nicht meldet, beschränkt. Alles dies bezieht sich nur auf den onerirten Erben, nicht auf den onerirten Legatar. Ueber die Haftung mehrerer Onerirten vgl. § 289, 292 h. t. Zu den Rechten, welche das Gesetz dem Legatar gegen den onerirten Erben giebt, gehört der Titel zum Pfandrecht, in § 290 h. t., ein Titel zum Pfandrecht am Nachlaß, nicht am Vermögen des Erben, Erk. a. Nr. 170 u. ObTr. 2 S. 304, 312, §§ 22, 70 EigenthGes.; AusfGes. z. CPO. § 18, CPO. §§ 815 ff. Er setzt einen Geldanspruch gegen den Nachlaß voraus. In StrA. 71 S. 90 war eine lebenslängl. jährl. Rente von 150 und auf 5 Jahr jährlich 500 vermacht. Als Sicherstellung verlangt wurde, kam in Frage, wie und für welchen Betrag dieselbe zu leisten. In 2. u. 3. Instanz ist auf die §§ 187, 188 bis 194 I 14 zurückgegangen und auf Sicherstellung durch Hinterlegung eines Kapitals von 3750 (25.150) und des fünffachen Betrags von 500 erkannt. Die §§ 348—350 h. t. treffen den Fall nicht. Der § 290 findet aber nur Anwendung, wo das Legat unbedingt und unbetagt hinterlassen. Für die Substitution in Legat folgt dies direkt aus §§ 466, 472 h. t. und da das suspensiv bedingte und betagte Legat nach §§ 479—482, 486 h. t. ebenso wie

ist. Dies wird in den §§ 65, 66 Einl. AGO. anerkannt, insbesondere in den Worten des § 66: „daß ein rechtskräftiges Erkenntniß den, der es erstritten hat, für immer gegen die Anfechtungen seines Gegners und derjenigen, die an dessen Stelle treten, sichere", — für den vorliegenden Fall greift jedoch eine Ausnahme von jenem Grundsatze Platz.

Das rechtskräftige Erk. v. 16. März 1844 entscheidet darüber: wer Erbe des J. v. J. sei, und in welcher Stellung insbesondere H. v. J., und die Verwandten des J. v. J. väterlicher Linie, sich zu dem Erblasser befinden. Es erklärte den H. v. J. für den alleinigen Intestaterben, die väterlichen Verwandten dagegen für Particular-Legatarien, im Sinne des franz. R. Aus dieser Entscheidung selbst ergiebt sich, daß über das Recht zur Erbfolge Streit unter den Parteien des damaligen Prozesses herrschte.

Eine Entscheidung hierüber hat auch nach preuß. R. auf die Gläubiger sowohl, als auf die Legatarien Einfluß, wenn sie gleich bei dem Prozesse selbst nicht Partei waren. Zwar enthält das preuß. R. keine ausdrückliche Bestimmung hierüber, wie es überhaupt von den Wirkungen der Rechtskraft richterlicher Urtheile nur in kurzen Worten handelt, den Richter somit nach Anleitung des § 49 Einl. ALR. auf die allgemeinen Grundsätze der Rechtswissenschaft über diesen Gegenstand hinweiset. Diese nun sind zunächst in dem, in Deutschland geltenden gem. R. zu suchen, welches in verschiedenen Beziehungen die Wirkung der Rechtskraft eines Urtheils auch auf andere Personen als die ursprünglichen Parteien ausdehnt. Dies findet namentlich bei Klagen über den Status, und auch bei solchen, die aus dem Erbrechte entspringen, statt. Bei Klagen der letzteren Art sollen in gewissen Fällen an diese Entscheidung diejenigen gebunden sein, die aus dem Testamente als Legatare Rechte ableiten, und auch die Gläubiger dürfen sich auf dieselbe berufen, vorausgesetzt, daß ein contradictorisches Urtel ergangen ist und keine Collusion unter den Parteien stattgefunden hat. Hierüber redet eine Hauptstelle in l 50 § 1 D. d. leg. I (30): Si hereditatis judex contra heredem pronuntiaverit, non agentem causam, vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo, si per injuriam fuerit pronuntiatum non tamen provocabit? Injuria ei facta non nocebit legatariis. . . . . Si tamen secundum substitutum pronuntiet, an ille legatariis teneatur, videamus; et cum jus facit haec pronuntiatio, quod attinet ad ipsius personam, num quid legatariis teneatur — nec enim tam improbe excusari potest, secundum se judicatum per gratiam? Respondebit igitur et legatariis ut creditoribus. Ist dieser Ausspruch auch nur in dem besonderen Falle ergangen, wo der Streit zwischen dem Substituten und dem Instituten stattfindet, so ist doch der Entscheidungsgrund ein allgemeiner, nämlich: daß es nicht geduldet werden könne, daß der als Erbe vom Richter anerkannte behaupten dürfe, es sei dies mit Unrecht geschehen.

---

die Substitution behandelt wird, so kann bei bedingtem und betagtem Legat Sicherstellung nur gefordert werden, wenn der Eigenthümer sie vom Nießbraucher fordern kann, § 472 h. t., d. h. gemäß §§ 19, 20 I 21; § 290 ist nicht anwendbar. Vgl. §§ 103, 121 ff. I 4. So konstant StrA. 79 S. 225; 94 S. 342; 100 S. 300. In StrA. 94 S. 342 war dem Beklagten im gemeinsch. Testam. der Eheleute ein Legat von 2000 ausgesetzt, onerirt aber von den dem Letztlebenden substituirten Universalerben derjenige, der den Hof erhalten würde, auch Fristen für die Zahlung des Legats vom Antritt des Hofs bestimmt. Das Legat war danach betagt, auf Antrag des beklagten Legatar gleichwohl das Legat nach dem Tode des Erstverstorbenen auf dem Hof eingetragen. Die Klage des Ueberlebenden auf Löschung ist durchgedrungen. In StrA. 100 S. 300 ist zugleich die Frage behandelt, was § 20 I 21 voraussetzt und angenommen, daß Einziehung ausstehender Forderungen an und für sich, wenn sie nicht geschieht, um die Forderungen nicht oder schlechter anzulegen, weder Nießbrauch noch Vernachlässigung enthält. In StrA. 54 S. 136 war das ausgesetzte Legat bei der Großjährigkeit des Legatars zahlbar, dem onerirten Erben die Verwaltung bis dahin ohne Sicherstellung überlassen. Der Anspruch auf Sicherstellung durch Hinterlegung ist aber zugelassen, als der Erbe nach Rußland ging, nachdem er vorher Alles versilbert. Vgl. I 11 §§ 759, 760; I 14 §§ 193, 298; AGO. I 29 § 10 Nr. 4.

Die in § 299 h. t. dem Legatar gegebene Interventionsbefugniß bei Prozessen gegen den Erben ist jetzt durch die §§ 63 ff. CPO. allgemein geordnet und danach unzweifelhaft, was

Der Grundsatz ist daher auf alle analoge Fälle anwendbar. Die Erbschaftsgläubiger und die Legatarien sind demnach berechtigt, das zwischen Erbschaftsprätendenten ergangene Urtel zu ihren Gunsten ebenfalls als Judikat zu betrachten (jus facit haec pronuntiatio), um von dem durch dasselbe legitimirten Erben Befriedigung zu verlangen.

Von den Legatarien heißt es an einer anderen Stelle, daß sie auch ein ihnen ungünstiges Judikat anerkennen müssen, wenn der Intestaterbe gegen den Testamentserben die Erbeseinsetzung angreift und ein obsiegliches Urtel erstreitet. Es wird da ein Unterschied gemacht zwischen Legatarien und den Gläubigern mit den Worten: Atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est, cum secundum eum, qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret, enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta. Cfr. l. 3 pr. D. de pignor. (20, 1.) Diese Unterscheidung zwischen der Stellung der Nachlaßgläubiger und der Legatare braucht hier nicht erörtert zu werden, und es mag dahin gestellt bleiben, ob die Gläubiger wohl ein Recht, aber nicht die Verpflichtung haben, (gleich den Legatarien) sich an den durch ein Judikat anerkannten Erben zu halten, wie v. Savigny (Syst. Bd. 6 S. 471) meint. Es genügt für den vorliegenden Fall, daß sie dazu berechtigt sind, und daß Implorant ihnen daher nach gemeinen Rechten nicht den Einwand entgegensetzen dürfte: das rechtskräftige Urtel, durch welches H. v. J. für den einzigen Intestaterben seines Bruders erklärt worden, sei nicht von ihnen unmittelbar erstritten worden.

Dasselbe muß auch für das preuß. R. angenommen werden, da das Verhältniß der Gläubiger und Legatarien zu dem Erben hier an sich dasselbe wie im gem. R., und eine obigen Grundsätzen widersprechende Vorschrift im preuß. R. nicht enthalten ist.

Im Gegentheil bestimmt § 298 I 12: die Vertheidigung des Nachlasses gegen die darauf gemachten Ansprüche kommt hauptsächlich dem Erben zu, und was gegen diesen erkannt worden, das müssen die Legatarien auch gegen sich gelten lassen. Diese Vorschrift zeigt eine Uebereinstimmung des preuß. R. mit dem gemeinen in Bezug auf das rechtliche Verhältniß der Legatare zu einem über Ansprüche an den Nachlaß entstandenen und rechtskräftig entschiedenen Prozesse, und es rechtfertigt sich der Schluß, daß das preuß. R. auch rücksichtlich der Wirkungen, welche ein rechtskräftiges Erkenntniß über das Recht zur Erbfolge auf die Legatare sowohl wie auf die Gläubiger hat, von dem gem. R. nicht abweichen will.

---

in ObTr. 43 S. 146 gegen den 2. Richter angenommen, daß die Intervention auch durch Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen kann. Wo es sich um Forderungen von Nachlaßgläubigern handelt, kommt nach § 298 h. t. § 66 CPO. der § 58 CPO. zur Anwendung, so daß, wie dies StrA. 9 S. 99 schon früher angenommen, es sehr wohl dahin kommen kann, daß der Erbe die gegen ihn erstrittene Forderung zu zahlen hat und sie den nicht intervenirenden Legataren gegenüber zur Abkürzung ihres Anspruchs benutzen kann, während der Legatar, der intervenirend die Abweisung der Forderung erstritten, sich deshalb keinen Abzug gefallen zu lassen braucht. Auch im Falle § 295 h. t. ist nach § 63 CPO. die Interventionsbefugniß des Legatars unbedenklich; hier wird aber § 59 CPO. anzuwenden sein.

Mehrere Legatare aus demselben Testament stehen in keiner Rechtsgemeinschaft, wohl aber mehrere Berechtigte desselben Legats. Ihr Verhältniß richtet sich nach I 17 §§ 10, 36, 37, 151. In ObTr. 12 S. 244 (Präj. 1666) war angenommen, daß der einzelne Legatar auf Zahlung des Legats auch nicht ad depos. klagen könne. Mit dem späteren PlPräj. 2325, ObTr. 22 S. 136, Nr. 125 Bd. 1 S. 565, harmonirt dies nicht und in ObTr. 72 S. 45 (Präj. 2772) ist das Präj. 1666 dann auch dahin modifizirt, daß die Berechtigung zur Klage ad dep. nicht unbedingt zu verneinen, sondern dem PlPräj. gemäß konkret zu prüfen.

Ueber das Accrescenzrecht bei Legaten vgl. §§ 366 ff. u. unt. Nr. 233, über die Beitragspflicht des Legatars zu den Schulden und dem Pflichttheil Nr. 231b.

Nr. 231b. §§ (301) 332—351, 352—361; II 2 § 434. (I 16 §§ 500—506; EGes. z. Preuß. KonkO. v. 8. Mai 1855 Art. 9; RKonkO. §§ 43, 56 Nr. 4; AusfGes. z. RKonkO. v. 6. März 1879 § 9.) Vermächtniß. Wirkung. Verhältniß zu den Gläubigern und dem Pflichttheilsberechtigten und zum Erben in Bezug hierauf.*)

a. Erk. v. 17. Jan. 1870; StrA. 77 S. 187.
b. Präj. 2541 v. 22. Mai 1854; ObTr. 28 S. 86.
c. Erk. v. 15. Febr. 1856; StrA. 19 S. 355.

Im Falle a. hatte M. dem B. eine ihm an den Beklagten zustehende Kaufgelderforderung legirt, welche sich die Klägerin im Wege der Exekution auf Grund eines gegen den Erben des M. wegen einer Nachlassschuld erstrittenen Judikats zu ihrer Befriedigung überweisen liess. Der Beklagte bestritt die Legitimation der Klägerin, die auch gegen den 2. Richter abgewiesen ist. — Im Falle b. wurde gegen den Testamentserben auf Auszahlung eines Legats von 200 geklagt. Der Erbe machte geltend, dass ihm von dem etwa 8000 betragenden Nachlass durch einen Pflichttheilsberechtigten etwa 2000 ($^{49}/_{180}$) entzogen, und verlangte, dass der Legatar zu dem Pflichttheil in dem Verhältniss, wie der Nachlass durch den Pflichttheil verringert, beitrage und sich das Legat dem entsprechend kürzen lasse. Das ObTr. hat dies mit dem 2. Richter abgelehnt. Dieselbe Frage ist im Erk. c. behandelt, in welchem Falle der Erblasser seine 7 Kinder zu Erben eingesetzt, zwei Söhnen aber dabei den ganzen Nachlass mit der Bestimmung zugewendet hatte, dass sie den Geschwistern, bez. den drei Kindern eines verstorbenen Bruders bestimmte Summen zahlen sollten. Die drei Enkel klagten auf Ergänzung des Pflichttheils gegen die Söhne, drangen in allen Instanzen gegen die beiden Söhne, denen der Nachlass zugewiesen, durch, wurden aber gegen die übrigen abgewiesen, weil diese nur Legatare, zur Berichtigung des Pflichttheils deshalb nicht verpflichtet und auch nicht mitzubelangen.

Gründe: a. Die Wirksamkeit der in Vollstreckung des Erk. erfolgten richterlichen Ueberweisung beruht auf der Voraussetzung, daß der verurtheilte Schuldner Eigenthümer der assignirten Forderung sei. Die Eigenschaft des R. als Universalerben des M. übertrug zwar auf ihn zufolge § 368 I 9 ALR. das Eigenthum der Erbschaft als einer universitas nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Er war also im Zweifel auch Eigenthümer der zur Verlassenschaft gehörigen Forderungen geworden und demgemäß zu ihrer Einklagung und Einziehung legitimirt. Nach der Feststellung des App.-Richters ist aber durch das Testament die streitige Kaufgelderforderung an den Verklagten dem B. vermacht worden. Es finden mithin die §§ 288 u. 408 I 12 ALR. Anwendung. Wenn man nun auch zugeben kann, daß der § 288 bezüglich des Zeitpunkts des Eigenthumsüberganges nur denjenigen Zeitpunkt bestimmt, ubi dies cedit wenn es auch als richtig anerkannt werden muß, daß mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 358, 359 I 9 und der §§ 248, 294, 311 I 12 ALR. der Legatar vor erfolgter Uebergabe der vermachten Sache, beziehungsweise bei einer vermachten Forderung vor einer auf deren Ausscheidung aus dem Nachlasse und Ueberweisung an den Legatar gerichteten Willenserklärung des Erben seine Eigenthumsrechte nicht zur vollen Geltung bringen,

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 650 ff.; Dernburg 3 §§ 133, 134, 145, § 207 unt. 7; Förster (Eccius) 4; 248,$_{72}$ § 276 III. — An sich steht der Legatar zu den Gläubigern des Nachlasses und des Erben so wenig in einem Rechtsverhältniß, wie die mehreren Gläubiger eines Nachlasses untereinander. Ein Rechtsverhältniß tritt erst ein, wenn er mit solchen konkurrirend Befriedigung sucht oder der Gläubigeranspruch durch das Legat verletzt wird.

insbesondere die legirte Forderung nicht mit Umgehung des Erben von dem Schuldner einziehen darf, so ist es doch ebenso gewiß, daß dieselbe sich nicht im Eigenthum des Erben befindet, mithin in Vollstreckung eines gegen diesen ergangenen Erkenntnisses nicht ohne Weiteres ein Befriedigungsobjekt für den angewiesenen Gläubiger bieten kann.

Hierin kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Erbe, der Exequendus, zur Zahlung einer Nachlaßschuld verurtheilt worden ist. Denn wenn auch die Nachlaßgläubiger behufs ihrer Befriedigung aus dem Nachlasse den Vorzug vor den Legatarien haben, deren Ansprüche durch die letztwillige Verfügung des Erblassers erst mit dem Augenblicke seines Ablebens zur Existenz gelangen, so ist doch nach § 332 I 12 ALR. regelmäßig der Legatar zu den Erbschaftsschulden beizutragen nicht schuldig, welche letztern vielmehr der Erbe gegen die Gläubiger zu vertreten hat. Mögen auch nach § 434 daselbst bei einem insuffizienten Nachlasse die Legatarien nach Verhältniß der ihnen gewordenen Zuwendungen zur Bezahlung der Erbschaftsschulden beizutragen verbunden, und soweit der in Anspruch genommene Erbe auf die Vermächtnisse zurückzugreifen berechtigt sein, so hat doch die Klägerin eine Insuffizienz des Nachlasses überhaupt nicht behauptet, welche auch nicht lediglich aus der in der Klage angeführten Thatsache, daß die wider den verurtheilten Erben versuchte Mobiliar-Exekution fruchtlos vollstreckt worden, gefolgert werden kann.

Hiernach hat der App.-Richter die §§ 288, 294, 311, 312, 332 I 12 verletzt.

Gründe: b. Es liegt die Frage zur Entscheidung vor: ob die Legatarien zum Pflichttheil der übergangenen Descendenten des Testators unbedingt oder nur dann beizutragen verpflichtet sind, wenn der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung der Pflichttheile und Berichtigung der Legate nicht ausreicht.

Die Entscheidung beruht in der Auslegung des § 334 I 12 und des § 434 II 2 ALR. In §§ 325, 332 I. 12 ist verordnet, daß der Legatar nur die auf der legirten Sache ruhenden Lasten zu übernehmen, außerdem aber die Lasten der Erbschaftsmasse nicht mitzuübertragen habe, und das Gesetz fährt sodann fort: § 333. Der Erbe kann also blos aus dem Grunde, daß nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbtheil übrig bleibe, den Legatarien keine Abzüge machen. § 334. Reicht aber der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung der Pflichttheile oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu, so müssen die Legatarii nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu mit beitragen, oder Abzug leiden.

In §§ 391 ff. II 2 ist dagegen der Pflichttheil für enterbte oder übergangene Descendenten regulirt und insbesondere § 434 verordnet: Zur Entrichtung oder Ergänzung des . . . Pflichttheils müssen die übrigen Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portion beitragen.

Hier ist wörtlich also der Beitrag nicht durch die Unzulänglichkeit des Nachlasses bedingt. Der Richter erster Instanz ist nun der Ansicht gewesen, daß zwischen den §§ 334 und 434 kein Widerspruch vorhanden sei. Im Tit. 12 sei derjenige Pflichttheil gemeint, welcher dem Erben durch das Testament auferlegt worden, und welcher also als eine Erbschaftslast anzusehen sei. Im Tit. 2 dagegen handele es

---

Bei der Konkurrenz mit Gläubigern des Nachlasses bei Befriedigung aus dem Nachlaß steht der Legatar den Gläubigern nach, §§ 54, 56 Nr. 4 KonkO.; §§ 8, 9 AusfGes. dazu. Dies setzt aber eine Konkurrenz persönlicher Forderungen voraus, und daß die tributarische Befriedigung zu erfolgen hat, § 8 Abs. 3 cit. Wenn der Legatar auf Grund § 290 h. t. oder sonst Pfandrecht erlangt hat, wirkt dasselbe auch gegen die Gläubiger des Nachlasses; dies folgt aus der Natur und Bestimmung des Pfandrechts. Ebenso wirkt das Eigenthum des Legatars, soweit er das nach § 288 h. t., vgl. Nr. 231a., erlangt hat, auch gegen den Gläubiger, auch im Konkurse, soweit dieser nicht schon vorher ein Pfandrecht an der Sache erlangt hat, § 325 h. t. Ohne dies würde der Eigenthumslegatar schlechter stehn, als der Forderungslegatar, der nach § 290 h. t. in der Lage, sich durch Pfandrecht gegen den konkurrirenden Gläubiger zu sichern. Darauf beruht Erk. a. und indirekt das einen andren Fall entscheidende RG. 6 S. 236. In diesem Falle waren dem Legatar 1000 mit Anweisung auf eine bestimmte Nachlaß-Hypothek vermacht, § 416 h. t. Vgl. unt. Nr. 231, 231a. Als

sich um den durch das Testament entzogenen oder verkürzten Erbtheil, und in diesem Falle verordne § 434 ohne alle Einschränkung: daß sowohl Legatarien als Erben nach Verhältniß ihrer Portionen beizutragen hätten. Das Gesetz unterscheide zwei Fälle: Im ersten Falle, wo der Pflichttheil durch das Testament angeordnet worden, hätten die Legatarien zufolge § 334 nur bei insufficienter Masse, — im zweiten, hier vorliegenden Falle, wo die Pflichttheilsberechtigten übergangen worden, nach § 434 unbedingt zum Pflichttheil Beitrag zu leisten.

Der App.-Richter ist zwar auch der Ansicht gewesen, daß zwischen den §§ 334 und 434 gar kein Widerspruch vorwalte, daß aber das Gesetz nicht zwischen testamentarischem und übergangenem Pflichttheile unterscheide, beide Gesetze vielmehr eins und dasselbe enthielten und die Zusatzworte im § 434 „nach Verhältniß ihrer Portionen“ lediglich das Verhältniß beträfen, nach welchem in einem Falle mehrere Erben, im andern Falle mehrere Legatarien unter sich den Pflichttheil abzuführen haben. Er ist hierdurch zu dem Resultate gelangt, daß bei Anwendung des § 434 demselben das bereits §§ 333, 334 I 12 gegebene Gesetz hinzugefügt werden müsse und das Gesetz demnach in seinem vollen Umfange also laute: So lange der Nachlaß zureicht, tragen die Legatarien zum Pflichttheil Nichts bei. Wenn aber der Nachlaß nicht ausreicht: so schießen die Legatarien das Fehlende zu; und wenn ein solcher Fall eintritt, dann sollen mehrere Legatarien unter sich ebenso nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen, als bei zureichendem Nachlaß mehrere Erben unter sich auch nur nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen.

Diese Ansicht muß für richtig erachtet werden.

Nach röm. R. gilt der Grundsatz: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“ Das ALR. hat diesen Grundsatz verlassen. Es hat in §§ 45, 256 ff., 285 I 12 dem Erblasser gestattet, theilweise über seinen Nachlaß zu verfügen, theilweise es bei der gesetzlichen Erbfolge zu belassen; so daß Intestaterbschaft und testamentarischer Nachlaß jetzt von einander geschieden gedacht und erstere lediglich dem Notherben zugeeignet werden kann. Nach röm. R. stand ferner dem Testamentserben quarta falcidia zu, 1 1 pr. D 35,2. Da jedoch das testamentum inofficiosum mit Berücksichtigung der legitima bei Kräften blieb, 1 30 C 3,28, so folgte daraus von selbst, daß die legitima gleich anderen Nachlaßschulden aus der Nachlaßmasse ausgeschieden wurde, und nur der Ueberrest die eigentliche Nachlaßmasse bildete, von welcher der Testamentserbe $^1/_4$ als falcidische Quart erhielt und $^3/_4$ den Legatarien zu Theil wurden. Der Erbe ging letzteren in der Art vor, daß sie selbst zu seiner Befriedigung einen Abzug erleiden mußten, wenn die Legate $^3/_4$ des Nachlasses überstiegen, 1 8 § 9 D 5,2, 1 36 § 1 C 3,28. Das ALR. hat aber auch die falcidische Quart aufgehoben. Der Erbe kann aus dem alleinigen Grunde, daß nach Befriedigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbtheil übrig bleibt, den Legatarien keine Abzüge machen, § 333 I 12 ALR. Nach dem ALR. hat der Testamentserbe vielmehr nur das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, oder mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten, §§ 383, 413 I 9, § 277 I 12. Er kann dem Richter die prioritätische Ordnung der Erbinteressenten und Nachlaßgläubiger überlassen, jedoch sich den Anspruch auf dasjenige, was nach allerseitiger Befriedigung übrig bleibt, vorbehalten. Er kann

---

diese Hyp. durch einen Nachlaßgläubiger gepfändet und das verpfändete Grundstück zu Subhastation gebracht wurde, entstand zwischen dem Legatar und dem Gläubiger Streit über das Anrecht auf die Hebung. Die Hebung ist dem Gläubiger zugesprochen, weil der Legatar nur persönlich berechtigt, weder Eigenthum der Hyp., noch einen Titel zum Eigenthum an derselben erlangt, deshalb auch §§ 22, 23 I 10 nicht anwendbar.

Die in den §§ 332 ff. h. t. geordnete Pflicht des Legatars, zu den Schulden bei unzureichendem Nachlaß beizutragen, cfr. § 296 h. t., besteht nach den §§ 336 ff. direkt nur gegen den Erben, und zwar, wie unt. Nr. 231a betont, nur gegen den Vorbehaltserben. Der Gläubiger kann aus dieser Beitragspflicht ein Recht nur abgeleitet vom Erben, mit dessen Zustimmung oder aus Ueberweisung, geltend machen, ob nicht auch ohnedies mit der exc. doli, kann wohl gefragt werden. In jedem Falle hat er den Nachweis der Voraussetzung der Beitragspflicht zu erbringen. Da diese fortfällt, wenn der Erbe ohne Vorbehalt angetreten oder als solcher zu erachten, kann es dahin kommen, daß der Gläubiger leer ausgeht, wenn der

ferner die Verwaltung des Nachlasses dem Richter übergeben, oder sie selbst übernehmen und Erstattung des Aufwandes, so wie eine billige Vergütung fordern, §§ 354, 355 I 12 ALR. Auf ein Erbtheil dagegen kann er nicht eher Anspruch machen, als bis alle Schulden, Pflichttheile und Legate zur Befriedigung gelangt sind, AGO. I 50 §§ 481, 486, I 51 §§ 57, 60, 67, 73. Die gesetzliche Reihenfolge ist sonach diese: daß aus dem Nachlaß zuerst die Gläubiger, sodann die Pflichttheilserben und demnächst die Legatarien zu befriedigen sind.

Was Rechtens sei, wenn für die Legate nicht mehr eine zureichende Masse verbleibt, faßt nun § 334 I 12 in den Worten zusammen: Reicht der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung der übrigen Legate nicht zu, so müssen die Legatarien nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu mitbeitragen oder Abzug leiden.

Diese Worte sind höchst klar. Müßten die Legatarien schon früher beitragen, ehe die Masse sich für die Legate unzureichend herausgestellt hat, so läge darin eine Reconstituirung oder künstliche Vergrößerung der Erbschaft; der Erbe würde theilweise wieder zur falcidischen Quart gelangen, wiewohl solche durch das ALR. abgeschafft ist. Nach § 334 findet also nur im Falle insuffizienter Masse ein Abzug an den Legaten statt. Anders sind nun freilich die Ausdrücke im § 434 II 2 ALR. Um diesen § 434 mit § 334 I 12 in vollen Einklang zu bringen, hätten hinter dem Worte „müssen" noch die Worte: falls der Nachlaß nicht zureicht, eingeschaltet werden sollen. Daraus aber, daß eine solche Einschaltung im § 434 fehlt, folgt nicht, daß zum Pflichttheil die Legatarien unbedingt beizutragen haben. Der Richter erster Instanz hat mit dem Verklagten die Vorschrift über die Collision zwischen Pflichttheilserben und Legatar gerade im § 434 II 2 gefunden, weil eben dort über den Pflichttheil gehandelt wird. Dies ist aber unrichtig. Man kann vorweg nicht annehmen, daß der Gesetzgeber eine im § 334 I 12 ausdrücklich ausgesprochene Bedingung im § 434 II 2 wieder habe erlassen wollen; es wäre in diesem Falle vielmehr größere Veranlassung vorhanden gewesen, im § 434 eine bestimmte Modifikation mit Hinweisung auf § 334 auszusprechen. Der § 434 muß also schon dieserhalb, wenn er auch minder umfassend sein mag, als wörtliche Wiederholung des § 334 angesehen werden. Daneben aber würde auch, wenn der Legatar unbedingt den Descendenten-Pflichttheil übertragen helfen sollte, dies mit der Aufhebung der Q. falcidia im § 333 I 12 ganz unvereinbar sein. Der Grundsatz oder die Bedingung bei der Legatenkürzung war im § 334 ganz unzweideutig ausgesprochen, und es würde dessen Wiederholung im § 434 gar nicht vorgekommen sein, wenn bei der Redaktion des ALR. nicht die Lehre vom Erbrecht so vielfach zerspalten wäre. Der Gesetzgeber hat es angemessen gefunden, den Legatenabzug in I 12 zu ermessen, und bei der Succession in absteigender Linie im § 434 II 2 übersichtlich darauf wieder hinzuweisen. Die Disharmonie zwischen § 334 und 434 kann nur in den Worten des Gesetzes gefunden werden. Nach dem Geiste und der Redaktionsweise des ALR. ist aber der § 434 lediglich also zu verstehen: Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem Kinde entzogenen Pflichttheils müssen (der Erbe, oder wenn deren mehrere ernannt sind) die Erben, und (wenn die Masse nicht zureicht, auch) die Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen.

Nachlaß durch Eigenthumslegate oder Befriedigung der Legatare erschöpft, der Erbe, der Erbe ohne Vorbehalt und deshalb keinen den Gläubigern überweisbaren Anspruch auf Beiträge zu den Schulden hat, unvermögend ist. In solchem Falle kann den Gläubigern nur das Ges. v. 21. Juli 1879 u. die KonkO. §§ 22 ff. helfen. Behandelt sind diese Fragen in der Praxis nicht. Im Konkurse des Erben hilft dem Legatar gegen die Gläubiger des Erben das ihm nach §§ 500 ff. I 16 Art. 9 EGes. z. Preuß. KonkO. (vgl. § 11 AusfGes. z. RKonkO. v. 6. Nov. 1879), RKonkO. § 43 zustehende Absonderungsrecht.

Nach § 298 h. t. gilt das Judikat, welches der Gläubiger gegen den Nachlaß erstritten, auch gegen den Legatar; dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß Kollusion, Simulation auch hier gegen den Gläubiger durch den Legatar geltend gemacht werden kann.

Nach Erk. b. u. c. gilt im Verhältniß des Legatars zum Erben alles, was von der Beitragspflicht des Legatars zu den Schulden gesagt, auch für seine Beitragspflicht zum Pflichttheil. Nach der deutlichen Vorschrift des § 334 h. t. muß dem beigestimmt werden;

Es fehlt an allem gesetzlichen Grunde, den Beitrag der Legatarien danach zu regeln; ob der Pflichttheil aus dem Testamente oder gegen dasselbe gefordert ist. Hätte das Gesetz übrigens in der Lehre vom Pflichttheil der Descendenten etwas vom § 334 I 12 Abweichendes bestimmen wollen, so hätte es, bei gleichem Grunde auch beim Pflichttheil der Ascendenten, von welchem in §§ 501 ff. gehandelt wird, eine gleiche Modifikation zu treffen Anlaß gehabt. Dort ist aber vom Beitrage der Legatarien Nichts erwähnt. Der § 503 beschränkt sich vielmehr auf die Regel: Diesen Pflichttheil können die Kinder nicht schmälern, noch durch Bedingungen beschränken oder mit Lasten beschweren. Hier ist also der § 334 I 12 gewiß im vollsten Umfange geltend geblieben. Recht des Notherben und Dispositionsbefugniß des Testators sind, wie Suarez, Schlußvorträge S. 164 sagt, mit einander vereinigt, oder wie Gärtner in der Zeitschrift von Simon u. v. Strampff Bd. 2 S. 422 sich richtiger ausdrückt, mit einander ausgeglichen. Der Notherbe ab intestato hat ein wahres Forderungsrecht an den Nachlaß, ein qualificirtes Erbrecht, welches ihm nicht durch den Testator, mithin auch nicht durch den Testamentserben verkümmert werden kann; und der Legatar hat sich also nur dem zu unterwerfen, daß die legitima als Nachlaßschuld in Abzug kommt, nicht aber einen Abzug zu Gunsten des Erben zu erleiden. Der Widerspruch zwischen beiden Gesetzstellen, welchen der Richter erster Instanz durch Voraussetzung verschiedener Fälle zu heben versucht hat, ist überall nur ein scheinbarer. Es ist völlig gleichgültig, ob der Notherbe im Testament übergangen, oder ob ihm Weniger als der Pflichttheil beschieden ist. Denn der Pflichttheil ist ein Erbrecht ab intestato, welches der testamentarischen Dispositionsbefugniß des Erblassers vorgeht. Auf diesem Wege ist gar nicht zur Vereinigung des § 334 und 434 zu gelangen. Sedes materiae ist für das Verhältniß zwischen Legatar und Notherbe nicht § 434, es ist dies vielmehr § 334, und der § 434 nur eine Hinweisung auf § 334. Am wenigsten konnte das Urtel erster Instanz auf den § 520 I 12 gestützt werden. Ist der Sinn einer letztwilligen Verordnung zweideutig, dann soll nach § 520 im zweifelhaften Falle die Auslegung zum Vortheil des eingesetzten Erben getroffen werden. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um eine Auslegung des Testaments, vielmehr waren die Notherben ganz übergangen. Das testamentum inofficiosum blieb gültig bis auf den Punkt, daß der Pflichttheil als ein gesetzlicher Erbanspruch aus der Nachlaßmasse auszuscheiden war, weil das ALR. der röm. Rechtstheorie folgt: daß der Testator, welcher den Notherben übergeht, nicht furiosus aut demens, sondern nur vorübergehend insanae mentis gewesen, 1 2 D 5,2. Hinsichts der Notherben fehlt es ganz an einem Testament als Gegenstand der Auslegung. Aus allem diesem ergiebt sich, daß die Klägerin zwar, wenn nach Erlegung der Pflichttheile nicht Masse genug verbleiben möchte, um sämmtliche Legate zu berichtigen, sich einem verhältnißmäßigen Abzug an den Legaten unterwerfen muß, wozu sie sich auch erboten hat; nicht aber ist dieselbe schuldig, unbedingt und selbst bei ausreichender Masse den Beitrag zu leisten. Eine Insufficienz hat aber Verklagter zur Zeit noch nicht dargethan, und er kann ihr daher weder das fällige Kapitallegat compensationis modo vorenthalten, noch reconveniendo unbedingt einen Beitrag zu den Pflichttheilen fordern.

---

der Legatar hat zum Pflichttheil nur beizutragen, soweit der Nachlaß dazu nicht ausreicht. Der § 434 II 2 steht nicht entgegen, weil er nicht das Verhältniß des Legatars zum Erben, sondern zum Pflichttheilsberechtigten betrifft und der Natur des Pflichttheils entsprechend, welcher als eine gesetzliche Pflicht auf dem ganzen reinen Nachlaß ruht, die direkte Pflicht des Legatars zur Ergänzung des Pflichttheils aus dem Legat dem Pflichttheilberechtigten gegenüber statuirt, während der Legatar dem Gläubiger gegenüber wie ein Gläubiger steht. Daraus folgt zwar nicht, daß der Pflichttheilsberechtigte gegen den Legatar auf Feststellung und Auskehrung des Pflichttheils klagen darf, was nur gegen den Erben zulässig, Erk. c. u. StrA. 30 S. 43, wo der auf den Pflichttheil eingesetzte Erbe gegen den Legatar auf Fortfall des Legats klagte, das auf ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück radicirt war, mit der Behauptung, daß das Legat den Pflichttheil belaste, bevor noch gegen die übrigen Erben der Pflichttheil festgestellt war. Die Klage ist so nicht zugelassen. (Ueber die damit zusammenhängende Frage nach der Natur des Pflichttheilsanspruchs vgl. zu II 2 §§ 391 ff.) Aber die Ergänzung, Erfüllung

Gründe: c. Imploranten versuchen zwar, die Richtigkeit dieses Präjudizes*) anzufechten, und stützen sich besonders darauf, daß nach Inhalt einer Anmerkung von Suarez zu dem gedr. Entw. des Gesetzb. für die Preuß. Staaten deutlich ausgesprochen sei, daß man die Verpflichtung der Legatarien ganz allgemein und unbedingt habe festsetzen wollen, ohne sie von einer Insuffizienz des Nachlasses zur Ausführung der testamentarischen Bestimmungen des Erblassers abhängig zu machen, das aber in den Motiven des Präj. unberücksichtigt geblieben sei.

Es äußert Suarez in der Note zum § 322 des Entwurfs: Nur soviel kann das Gesetz mit Grund annehmen, daß der Erblasser, wenn er sich den Fall einer Schwächung der Masse durch den von dem enterbten Kinde hinweg zu nehmenden Pflichttheil gedacht hätte, die Testamentserben mit Legaten und anderen Abgaben weniger belastet haben würde, woraus folgt, daß die Abfindung des Kindes mit seinem Pflichttheile nicht den Erben allein, sondern auch die Legatarien nach Verhältniß ihrer Theilnehmung an der Masse treffen müsse.

Es ist ferner auch der dem § 434 II 2 ALR. korrespondirende § 324 des Entw. dahin gefaßt worden: Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kinde zukommenden Pflichttheils müssen die übrigen Theilnehmer, sowohl Erben als Legatarien, nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen, — und kann es allerdings sonach den Anschein gewinnen, daß damals die Meinung der Redaktoren dahin gegangen sein möge, daß die Legatarien unbedingt zu einer solchen Ergänzung beizutragen verpflichtet sein sollten.

Allein eines Theils bleibt dies doch immer dahin gestellt, da auch im Entw. im Titel von Testamenten die Verpflichtung der Legatarien ebenso unbeschränkt ausgesprochen worden war, wie im § 334 I 12 ALR.; anderntheils ergeben die oben mitgetheilten Vorschriften des ALR. selbst unzweifelhaft, daß man bei der Redaktion des Gesetzbuchs jedenfalls diese Ansicht verlassen hat, von denen auch in der That nicht abzusehen ist, weshalb die Verpflichtung des Legatars bei Ergänzung des Pflichttheils eine andere sein sollte, als bei andern an den Nachlaß gemachten Ansprüchen, da man ebenso gut sagen kann, daß der Testator, wenn er diese Ansprüche gekannt hätte, die Erben ebenfalls weniger mit Legaten belastet haben würde.

Gewiß mit Rücksicht darauf ist auch denn demgemäß der § 434 II 2 ganz anders gefaßt worden, wie der § 324 des Entw., und es läßt sich auch die gegenwärtige Fassung nach Obigem ganz wohl mit der Vorschrift des § 334 I 12 vereinigen, er muß auch in dem hier entwickelten Sinne aufgefaßt werden, weil sonst ein Widerspruch zwischen den gesetzlichen Vorschriften angenommen werden müßte, wozu gar keine Veranlassung vorliegt, sobald sich die anscheinend widersprechenden Stellen auf angemessene Weise vereinigen lassen. Daß dies der Fall sei, ist in den Motiven des vorgedachten Präj. ausführlich dargethan, und kommt daher Nichts darauf an, wenn der dabei zugleich angeführte Unterstützungsgrund, daß bei dem Pflichttheile des Aszendenten von einem Beitrage des Legatars Nichts erwähnt worden, sich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 516 II 2 erledigen sollte.

---

*) Erk. b.

---

des festgestellten Pflichttheils ist nach § 434 II 2 direkt und unabhängig vom Rechte des Erben auf Beitrag durch den Legatar zum Pflichttheil von dem Berechtigten gegen den Legatar verfolgbar. Darin ist der Grund der abweichenden Fassung des § 434 II 2 zu finden.

Alles dies muß aber nothwendig sich anders gestalten, wenn das Legat dem Pflichttheilsberechtigten mit auferlegt ist, die Verletzung ganz oder theilweise in dem Auferlegen des Legats liegt, oder sonst erkennbar ist, daß nach dem Willen des Testators der nicht verletzte Erbe das Legat nur zu einem bestimmten Theile tragen soll. In solchem Falle fehlt jeder Grund, die Last des Erben aus dem Legat in Folge des Pflichttheilsanspruchs zu erhöhen; in solchem Falle kann vielmehr der Pflichttheilsanspruch nur den Fortfall des Legats ganz oder theilweise, soweit es den Pflichttheilsberechtigten gesetzwidrig belastet, zur Folge haben. In der Praxis ist diese Frage direkt nicht behandelt. Vgl. aber zu II 2 §§ 391 ff., 438 über den Anspruch des pflichttheilsberechtigten Erben gegen den Legatar, dem er das Legat ohne Kenntniß von der Verletzung ausgezahlt hat.

Die von dem App.-Richter aufgestellte Ansicht, daß die Verpflichtung der Legatarien erst bei sich ergebender Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Ausführung der testamentarischen Bestimmungen eintrete, bleibt daher stehen und ist ohne Grund von Imploranten angefochten.

Schon dadurch erledigt sich denn die fernere Behauptung, daß der App.-Richter den Grundsatz verletzt habe: „daß die actio suppletoria auch gegen die Legatarien gehe", indem der App.-Richter eine Suffizienz des Nachlasses als festgestellt annimmt, folglich ein Verpflichtung der Legatarien gar nicht eintritt. Außerdem widerlegt sich aber die Meinung der Imploranten aus der bestimmten Vorschrift des § 298 I 12 ALR., nach welcher die Vertheidigung des Nachlasses gegen die daran gemachten Ansprüche dem Erben zukommt, und, was gegen diesen erkannt worden, auch die Legatarien gegen sich gelten lassen müssen, so daß also die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, auch selbst in Fällen, wo die Legatarien zum Beitrage verpflichtet waren, insbesondere aber, wenn, wie hier, der gesammte Nachlaß sich noch hinter den Erben ungetheilt befindet, immer nur gegen die Erben gerichtet werden, und von einer Verurtheilung der letzteren in Zahlung eines nur verhältnißmäßigen Antheils die Rede nicht sein kann.

Nr. 232. §§ 557—562. (Anh. § 157 zu § 421 II 18.) Inhalt des Testaments. Vollziehung. Testamentsexekution.*)

a. Erk. v. 1. Nov. 1847; ObTr. 12 S. 223.

b. Erk. v. 27. Nov. 1863; StrA. 52 S. 122.

c. Erk. v. 19. Dez. 1862; ObTr. 48 S. 95.

Im Falle a. hatte der Testator in seinem Testamente den St. zum Exekutor dergestalt ernannt, dass derselbe den Nachlass ohne gerichtliche Einmischung reguliren und den eingesetzten Erben ihre Erbtheile ausantworten und übereignen sollte. St. hatte als Exekutor eine Nachlass-Hypothek an den Beklagten cedirt, die Valuta unterschlagen, worauf die neun Erben, von denen 8 demnächst die Cession genehmigt, auf Ungültigkeitserklärung derselben klagten. Die Klage dieser 8 ist abgewiesen, die Klage des neunten ist durchgedrungen. — Im Falle b. klagte der Cessionar des Legatars gegen den Testamentsexekutor, der zur Vollziehung des letzten Willens und Verwaltung des Nachlasses eingesetzt, auf Zahlung des Legats. Der 2. Richter wies ab, weil der Exekutor als Bevollmächtigter der Erben, der eigentlichen Eigenthümer und Verpflichteten, passiv nicht legitimirt. Das ObTr. hat diesen Grund reprobirt, die Abweisung aber aufrecht erhalten. — Im Falle c. hatte die Erblasserin die Kinder der Beklagten zu Erben eingesetzt, der Beklagten den lebenslänglichen Niessbrauch des Erbes ihrer Kinder vermacht, den St. zum Testamentsexekutor mit der Bestimmung ernannt, dass er den Erbtheil der Kinder, so lange der Niessbrauch dauere, ohne Aufsicht vormundschaftlich unter Befreiung von den Beschränkungen in §§ 422—678 II 18 ALR. verwalten, veräussern, kündigen, cediren, alle Rechte der Erben vertreten, den Nachlass sicher erhalten, zum Unterhalt der Mutter und Kinder selbst die Substanz solle angreifen dürfen. Die Beklagte hatte einige Nachlassgegenstände verkauft, worauf ein grossjähriger Sohn gegen sie auf Wiederherbeischaffung derselben klagte und ihr die weitere Veräusserung im Arrestwege untersagen liess. Die Klage ist gegen den 2. Richter abgewiesen.

---

*) Vgl. Windscheid 3 § 567; Dernburg 3 §§ 164—169 und besonders Förster (Eccius) 4 § 255. — Die Testamentsexekution tritt als Inhalt des letzten Willens neben Erbeinsetzung und Vermächtniß und deren Beschränkungen, insofern sie, wie die §§ 559, 560 h. t.

Gründe: a. Der Verklagte versucht es umsonst, die Ansicht geltend zu machen, daß der St. schon durch das Kodizill ermächtigt gewesen, das streitige Nachlaß-Aktivum an ihn zu cediren. Hierzu würde der St. einer speziellen Ermächtigung bedurft haben. Denn der Testaments-Vollstrecker gilt nach §§ 557, 558 I 12 für den Bevollmächtigten des Testators, beziehungsweise für einen Verwalter fremder Güter (vgl. § 109 I 14), und es entscheiden also die Vorschriften in §§ 118, 99, 103 I 13. Eine dahin gehende Klausel kommt aber im gedachten Kodizille überall nicht vor. Nur den Erben konnte hiernach der St. Nachlaßsachen und Forderungen zuweisen und Uebertragungsurkunden darüber ausstellen, nicht aber Fremden.

Das Kodizill erwähnt ausdrücklich blos jener Befugniß; und daß etwa die Ausführung dieses Geschäftes, nämlich den Erben ihre Erbtheile auszuantworten und zu übertragen, rechtlich nicht anders möglich sei, als mit der Macht des Testaments-Vollstreckers nun auch einseitig und ohne Zustimmung oder gar wider den Willen des Erben Veräußerungen und Rechtsabtretungen an Fremde vorzunehmen, ist nicht zu behaupten. Das Kodizill verbietet zwar den Erben auch jede Einmischung in die Geschäfte des Testamentsvollstreckers; aber wenn der Exekutor eigenmächtig veräußerte, so gehörte eben dieses Veräußern so wenig zu seinen auftragsmäßigen Geschäften, als es überhaupt nicht einmal eine Einmischung genannt werden kann, wenn der Erbe seine Zustimmung zu der Veräußerung verweigert und demnächst die Veräußerung gegen den Akquirenten als unrechtmäßig anficht. Auch die allgemeine Ermächtigung des Testaments-Exekutors, „den ganzen Nachlaß zu reguliren" schließt das Veräußerungsrecht nicht in sich. Der Ausdruck „Regulirung" wird oft gebraucht, ohne daß ein bestimmter Rechtsbegriff damit verbunden würde, und namentlich in Privatvollmachten bezeichnet er für sich allein so wenig den genauen Kreis aller der Rechte, die der Beauftragte ausüben soll, daß man dieserhalb vielmehr überall erst auf die näheren Bestimmungen sehen muß, welche die Vollmacht enthält. Kein Gesetz sagt insbesondere, daß der schlechtweg auf Regulirung eines Vermögens oder eines Nachlasses gestellte Auftrag auch zur Veräußerung ohne Rückfrage ermächtige; und wenn nun hiernach gerade die weiteste Ausdehnung, die man einem solchen unbestimmten Auftrage geben kann, auf nichts Anderes als auf ein Generalmandat hinführt, so stellen sich eben auch hier wiederum die oben herausgehobenen Vorschriften in §§ 118, 103 I 13 ALR. als die allein anwendbaren dar. Gar nicht selten leiten freilich Parteien und Gerichte das Veräußerungsrecht für den Testaments-Vollstrecker aus dem Anh. § 157 zu § 421 ALR. II 18 ab; und solches ist namentlich auch hier

---

ergeben, ein vom Willen der Erben unabhängiges, selbstständiges Recht des Testamentsexekutors und eine mit demselben verbundene Beschränkung der Erben begründet. Das Recht hat die besondere Natur, daß es kein selbstnütziges, für den Exekutor bestimmtes ist, kein Recht auf oder zur Sache, sondern im Interesse der Vollstreckung des letzten Willens, und damit im Interesse des Erblassers, möglicherweise auch im Interesse der Erben, geübt wird. Es beruht auf dem letzten Willen, setzt deshalb dessen Form (Testament, Kodizill, cod. test. confirm., Erbvertrag) voraus, auch wird die Form der §§ 378 ff. II 2 genügen. Auftrag zur Testamentsexekution durch Vertrag unter Lebenden, § 190 I 13, fällt nicht unter die §§ 557 ff., sondern kann nur nach den Vorschriften I 13 beurtheilt werden. Das Recht beruht auf dem letzten Willen als der Vollmacht und Instruktion des Testators und insofern wird der Testamentsexekutor als Bevollmächtigter des Erblassers in § 557 h. t. angesehn, ohne daß damit gesagt, daß die Testamentsexekution Vollmacht, der Exekutor Bevollmächtigter ist. Der wesentliche Unterschied besteht darin, daß das Mandat vertragsmäßige Rechte und Pflichten auf beiden Seiten erzeugt, die Testamentsexekution zunächst nur ein Recht für den Exekutor begründen, auf welches er der Consequenz nach jederzeit verzichten kann, aus dessen Ausübung Pflichten für ihn entstehen können. Der Umfang des Rechts, sein Inhalt, wird theils durch das Gesetz, § 557, (die Vollziehung des letzten Willens), theils durch den letzten Willen selbst bestimmt. Daß namentlich letzterer den Inhalt verschieden normiren kann, deuten die sonst sehr dürftigen §§ 557 ff. h. t. u. der Anh. § 157 zu § 421 II 18 an, der aus dem Hofrescr. v. 25. Jan. 1796 (Rabe Bd. 3 S. 248) entstanden, welches die Frage der Stellung des Testamentsexekutors zu dem vormundschaftl. Gerichte behandelte in dem Falle, wo Minorenne Erben oder Miterben, und ausführte, daß der Testamentsexekutor zwar selbstständig sein Recht ausübe, aber wie jeder andere Administrator die Verwaltung (wo ihm

geschehen, sowohl von dem Beamten, der die Cession aufgenommen hat, als von dem Subhastations- und Hypotheken-, wie von dem Vormundschaftsrichter. In dem Anh. § 157 ist indessen ganz in Harmonie mit der allgemeinen Regel im § 557 ALR. I 12 zunächst verwiesen auf den Inhalt der letztwilligen Dispositionen, als der Instruktion des Testaments-Vollstreckers; und wenn diese keine nähere Bestimmungen über den Umfang der Gewalt desselben enthält, sondern die Vollstreckung des letzten Willens ihm ganz allgemein aufträgt, so schreibt ihm freilich jener § die Befugniß zur Verwaltung und außerdem zur Ausmittelung und Konstituirung des Nachlasses zu; jedoch schließt selbst diese letztere durchaus nicht die Macht zur einseitigen Veräußerug in sich. Das ALR. sagt nirgend, was unter Konstituirung eines Nachlasses zu verstehen sei. Es ist daher auf die AGO. zu sehen, wo dieser Ausdruck sowohl in den Titeln von Erbsonderungen und Auseinandersetzungen (cf. §§ 12, 24 I 46) als vom Konkurse und erbschaftlichen Liquidations-Prozesse öfters vorkommt (cf. §§ 73, 194, 211, 226 I 50 § 74 und Anh. § 382 I 51), und hier wird unter anderen auch die Versilberung der Masse dahin gezählt. Doch geschieht diese Versilberung regelmäßig nur durch öffentliche Versteigerung, Subhastation und Einzahlung in das gerichtliche Depositorium; und wie bei Erbsonderungen die Erben, so müssen selbst bei Konkursen zu allen wichtigen Maßregeln die Gläubiger zugezogen werden, zu einseitigen Veräußerungen aber ist der Kurator gar nicht befugt (vgl. AGO. I 50 §§ 86—89, 233).

In gleicher Weise gedenkt dann auch jene Stelle ausdrücklich der Konkurrenz des Vormundes, und schließet nur die unmittelbare Regulirung der ganzen Nachlaß-Angelegenheit durch das Vormundschaftsamt aus, welches dieselbe sonst, wenn kein Testaments-Exekutor vorhanden wäre, allerdings selbst in seine Hände zu nehmen hätte.

Bis hieher ist demnach dem Appellationsrichter überall nur beizustimmen. Allein alle Erben, mit alleiniger Ausnahme des Müllergesellen G. A. S., haben kurz nach erfolgter Cession dem St. die ausdrückliche Vollmacht ertheilt, Cessionen vorzunehmen; und hiernächst, als die Kaufgelder für das inzwischen subhastirte Grundstück, auf welchem das streitige Nachlaß-Aktivum primo loco eingetragen war, belegt werden sollten, erschien der St. vor Gericht und erklärte: „er habe die dem D. zuständig gewesenen Forderungen von 2000 Rthlr. nebst Zinsen mittelst Cessions-Instrumentes v. 16. Juni 1834 dem Adjudikatar M. (dem jetzigen Verklagten) cedirt, und überlasse er demselben die Liquidation dieser Forderung und Kompensation mit dem zu erlegenden Kaufgelde.“ Diese Erklärung hat der Verklagte unzweifelhaft

---

solche übertragen) nach den Gesetzen zu verrichten, also namentlich wo Minorenne konkurriren, alles zu beobachten habe, was die Gesetze z. B. wegen Veräußerung von Grundstücken, Unterbringung von Kapitalien, anordnen. Vgl. jetzt §§ 36, 47, 87 VO. Die Testamentsexekution kann hiernach innerhalb des Rahmens der Vollstreckung des letzten Willens einen sehr verschiedenen Inhalt und Umfang haben, ebenso wie die Vollmacht und die Verwaltung im Tit. 13 u. 14. Hiernach richten sich zunächst die Befugnisse des Testamentsexekutors nach Außen und Dritten gegenüber und durch diese Befugnisse wird zugleich die Beschränkung der Erben und sein Verhältniß zu diesen bestimmt. Die Beschränkung kann, was im Anh. § 157 angedeutet und worauf namentlich Eccius a. a. O. aufmerksam macht, nie über die Grenzen hinausgehn, welche nach allgem. Grundsätzen gezogen. So wenig der Pflichttheilsberechtigte sich nach § 398 II 2 eine ihn beschränkende Testamentsexekution (nicht jede ist eine solche) gefallen zu lassen braucht, so wenig kann eine Testamentsexekution gelten, welche nichts enthält, als die Einsetzung eines nicht staatlichen Vormundes oder Pflegers für einen Geschäftsfähigen in seinem Interesse oder im Interesse eines andern Geschäftsfähigen. Dies würde über die Vollstreckung des letzten Willens hinausgehn und einen unzulässigen letzten Willen enthalten, §§ 61, 90 VO.

Das Verhältniß zum Erben wird durch die Natur der Testamentsexekution als Ausübung eines eignen Rechts, mit der die Führung der Geschäfte der Erben verbunden, bestimmt. Bevollmächtigter des Erben ist der Exekutor danach nicht, aber er kann als neg. gestor gemäß § 228 I 13 und dem auch den Erben verpflichtenden Willen des Erblassers den Erben verpflichten und sich auch dem Erben verpflichten, den Benefizialerben regelmäßig nur so wie der Benefizialerbe sich selbst durch Akte, die er als Erbe vornimmt, verpflichtet, Nr. 170, Bd. 1 S. 914, 919, 920, da die Beschränkung des Erben nicht zu einer Ausdehnung seiner Ver-

akzeptirt, und sie enhält eine vollständige ausdrückliche Anerkennung der Cession, indem der St. sogar noch jetzt dem Verklagten die Forderung zur Liquidation und Kompensation überließ. Daß der St. bei dieser Erklärung seiner inzwischen erhaltenen Vollmachten nicht besonders erwähnte, sondern dieselbe „als unbeschränkter Testaments-Exekutor“ abgab, ist nicht erheblich, *genug daß seine Person jetzt wirklich die Erben vertrat. Was er von nun an that, war ganz so anzusehen, als hätten die Erben es selbst gethan, sobald er nur überhaupt für sie und in ihrer Erbschaftsangelegenheit handelte.* Es kann Jemand dem Anderen eine unechte Vollmacht vorzeigen, oder noch jetzt als der Vormund seines inzwischen großjährig gewordenen Mündels ein Geschäft abschließen; nichts destoweniger sind seine Verhandlungen mit dem Dritten für den Vertretenen verbindlich, wenn derselbe in der That eine gültige Vollmacht ausgestellt hatte. Ein Irrthum in der Person selbst liegt hier nicht vor, und nur ein solcher würde erheblich sein. Hatte nun der St. bei der ursprünglichen Vollziehung des Cessionsgeschäftes in der That seine Vollmacht, seine Instruktion als Testamentsvollstrecker, überschritten, so konvaleszirte dasselbe doch durch die ex post erfolgte Anerkennung, weil diese zu einer Zeit erfolgte, wo er vollkommene Berechtigung zu dem Geschäfte hatte, weil der, welcher ein Geschäft selbst abschließen kann, solches auch bestätigen und anerkennen, ratihabiren kann, und weil das, was der rechtmäßige Mandatar thut, ganz so angesehen werden muß, als hätte der Mandant es selbst gethan.

Indessen ist diese Anerkennung nicht verbindlich für den G. A. S., der zur fraglichen Zeit noch minderjährig ward und keine Vollmacht ausgestellt hat. Wenn das vormundschaftliche Gericht, als der St. darauf antrug, den Vormund zur Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt, zur Auseinandersetzung mit den Miterben, zur Einziehung der Aktiva ꝛc. zu autorisiren, den Bescheid ertheilte, daß es dieser Autorisation nicht bedürfe, so ging das Gericht hierbei zwar von der, auch ausgesprochenen, Ansicht aus: es bedürfe solcher Vollmacht nicht, da ja der St. schon vermöge seiner Eigenschaft als Testaments-Vollstrecker nach § 157 Anh. zum ALR. aus eigener Macht zu der Cession berechtigt sei. Allein so günstig dieser Irrthum auch für den St. war, so fehlt es nun doch einmal an einer positiv erklärten Vollmacht sowohl, wie an einer Genehmigung. Die Seitens des Gerichtes ausgesprochene Meinung, er müsse sich die Cession des St. gefallen lassen, ist keine Erklärung des eigenen Willens in Betreff des vorzunehmenden Geschäfts, sondern nur eine Voraussetzung rechtlicher Natur, eine bloße Rechtsansicht.

---

pflichtung als Erbe führen kann, die übrigens rechtlich kaum denkbar, da die Akte des Testamentsexekutors nur solche sein können, wie sie der Erbe selbst, wenn der Testamentsexekutor nicht vorhanden, in Ausübung der Verwaltung des Nachlasses oder in Ausübung seines eignen Rechts vorgenommen haben würde. Einer Haftung des Erben für Versehn des Testamentsexekutors fehlt es an gesetzlicher Grundlage. Eine persönliche Verpflichtung des Exekutors gegen Dritte kann durch solche juristische Thatsachen begründet werden, welche eine Haftung des Bevollmächtigten oder neg. gestor gegen Dritte begründen.

In der Praxis des ObTr. ist nur ein Theil dieser und vieler andren, namentlich in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis kontrovers gewordenen Fragen berührt. Die Erk. a—c behandeln die Fragen nach dem Umfang des Rechts des Exekutors, den Begr. und die rechtl. Natur der Testamentsexekution und die Konstruktion des Verhältnisses zum Erblasser und Erben. Erk. a. beruht im Wesentlichen darauf, daß der Inhalt des letzten Willens den Umfang der Befugnisse bestimmt, das Recht zur Veräußerung aus dem Recht der Vollstreckung des letzten Willens nicht folgt. Dafür konnten die §§ 118, 99, 103 I 13 angeführt werden. Das Erk. zeigt zugleich, wie die Genehmigung der Erben die unwirksame neg. g. zu einer wirksamen machen kann. In StrA. 25 S. 303 ist die Frage behandelt, ob der Exek. befugt, ein dem Testator gegebenes Wechselblanquet auszufüllen, und aus dem unzutreffenden Grunde verneint, daß dies R. kein zum Nachlaß gehöriges Vermögensrecht. Vgl. ObTr. 58 S. 331; Erk. a. Nr. 167, Bd. 1 S. 879. Die Entscheidung wird aber doch richtig sein, wenn die Ausfüllung nicht als ein Akt der dem Exek. übertragenen *Verwaltung* anzusehen. Daß aus der Testamentsexekution kein Recht zur Verfügung über das Erbrecht der Erben folgt, ergiebt sich aus ihrer Natur; solches Recht würde nach § 49 h. t. auch durch den letzten Willen nicht konstituirt werden können. Vgl. aber ObTr. 39 S. 79 (StrA. 31 S. 4) unt.

Hiernach wäre dann die Cession insoweit gültig, als die acht erstgenannten Erben bei dem Aktivo betheiligt sind, ungültig dagegen rücksichtlich des Mitverklagten G. A. S.

Gründe: b. 1. Ein Verkennen der Eigenschaft des Testaments-Exekutors als Bevollmächtigten des Erblassers kann in der Ausführung des App.-Richters nicht gefunden werden. Es geht daraus keineswegs hervor, daß der App.-Richter den Testaments-Exekutor als den Bevollmächtigten nicht des Erblassers, sondern nur der Erben ansehe, was allerdings einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß enthalten würde. Er läßt vielmehr dahingestellt, als wessen Bevollmächtigter der Testaments-Exekutor zu betrachten sei, und erachtet ihn nur insofern, als er nicht selbstständig eigene, sondern nur fremde Rechte ausübe, für einen Vertreter der Erben. Damit spricht er nicht aus, daß derselbe im Auftrage der Erben, und nicht in dem des Erblassers, den Nachlaß verwalte und die ihm testamentarisch ertheilten Befugnisse ausübe, sondern giebt nur seine Ansicht dahin zu erkennen, daß der Testaments-Exekutor, wenn er auch ein vom Erblasser bestellter Bevollmächtigter sein möge, doch auch die Erben insofern vertrete, als er den diesen eigenthümlich gehörenden Nachlaß im Interesse oder im Namen der Erben, statt ihrer und in diesem Sinne für sie, verwalte. Diese Annahme steht aber mit § 557 a. a. O., sowie mit der von dem ObTr. gebilligten Interpretation desselben (ObTr. 38 S. 369, 48 S. 98) durchaus im Einklange.

2. Unbegründet ist es auch, wenn der Vorwurf, der App.-Richter habe den § 557 I 12 und Anh. § 157 II 18 unrichtig angewendet, resp. zu Unrecht nicht angewendet, darauf gestützt wird, weil die Auszahlung der in einem Testamente ausgesetzten Legate zur Vollziehung des Testaments und zu der dem Testaments-Exekutor gebührenden und obliegenden Ausmittelung, Konstituirung und Verwaltung des Nachlasses gehöre, da Legate zu den Nachlaßschulden zu rechnen seien. Zur Ausmittelung und Konstituirung eines Nachlasses gehört die Bezahlung der Schulden und Legate keineswegs und ebensowenig zu dessen Verwaltung. Die Rechte und Pflichten des Testaments-Exekutors als Verwalter sind, wie die Bezugnahme im § 558 I 12 auf den 2. Abschn. I 14 ALR. unzweifelhaft ergiebt, dieselben, wie die eines anderen Verwalters fremden Eigenthums. Ein solcher aber hat die fremde Sache zu erhalten, zu administriren, vor drohendem Schaden zu schützen und möglichst vortheilhaft zu benutzen (§ 110), die

---

Nr. 230a. Damit hängen die nachfolgenden zugleich die Prozeßlegitimation des Exekutors betreffenden Erk. zusammen. In StrA. 21 S. 4 hatte A. gegen seine Miterben auf Feststellung des streitigen Betrages seines Pflichttheils geklagt. Im Termine erschien nur der Testamentsexekutor, der zugleich Miterbe, für sich und die Miterben. Zu dieser Vertretung ist er nicht für befugt erachtet, weil Streitigkeiten unter den Erben über ihr Erbr. oder die Höhe des Erbantheils nur unter den Erben zu entscheiden, namentlich auch, ob und was auf Pflichttheil anzurechnen, da die Verwaltung, Ausmittlung, Konstituirung des Nachlasses, welche nach §§ 557, 558 h. t. Anh. § 157 den Inhalt der Testamentsexekution bilde, zwar zur Prozeßführung über Aktiva und Passiva legitimiren könne, deren Ausmittlung recht eigentlich zur Konstituirung der Masse gehöre, nicht aber zur Vertretung der Erben untereinander. Betont wird dabei, daß zunächst der Inhalt des Testaments über den Umfang der aus der Testamentsexekution folgenden Befugnisse entscheide. In ObTr. 33 S. 39 (StrA. 21 S. 291) hatte der Testator acht Kinder zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß drei derselben bestimmte Summen als Mitgift zu konferiren hätten, nur den Pflichttheil erhalten sollten, wenn sie die Höhe der Summe bestritten. Der eingesetzte Testamentsexekutor sollte die Theilung des Nachlasses leiten. In einem zwischen dem Testamentsexekutor und dem einen Kinde geführten Prozeß wurde rechtskräftig erkannt, daß dies Kind als auf den Pflichttheil gesetzt anzusehn. In einem spätern Prozeß bestritten die Miterben, daß dies Judikat gegen sie Geltung habe, und das ObTr. ist dem beigetreten: der Exekutor sei in keiner Weise zu einer Entscheidung über materielle Rechte der Erben befugt, ebensowenig wie der Erbschaftsrichter bei der Erbregulirung; so wenig er den Erbtheil aus eigner Machtvollkommenheit feststellen könne, so wenig könne dies durch gerichtliche Verhandlung im Prozeß mit Wirkung für die Miterben geschehn; das Judikat sei für diese deshalb ohne Bedeutung.

auf der Sache haftenden Abgaben und andere sie betreffende gewöhnliche, oder von dem Prinzipale ihm angewiesene Ausgaben zu entrichten (§ 117); zu gerichtlichen Klagen und deren Beantwortung ist dagegen der allgemeine Auftrag einer Verwaltung in der Regel nicht hinreichend (§ 123). — Zwar nimmt Implorant 3. zur Unterstützung seiner Beschwerde noch auf die in StrA. 8 S. 242 ff. abgedruckten Gründe einer Entscheidung des ObTr. Bezug, wonach der Testaments-Exekutor den Nachlaß aktiv und passiv vertrete. Allein darin ist nur gesagt, daß der Testaments-Exekutor innerhalb der Grenzen der ihm vom Erblasser ertheilten Vollmacht zu solcher Vertretung des Nachlasses ebenso befugt als verpflichtet erscheine, woraus sich ergiebt, daß es im einzelnen Falle darauf, wieweit diese Grenzen der ertheilten Vollmacht nach Inhalt des betreffenden Testaments gehen, wesentlich ankommt. Sodann haben aber auch, wie bereits in ObTr. 38 S. 368 ausgeführt worden ist, die zur Motivirung einer Entscheidung angeführten einzelnen Sätze keine Bedeutung über ihren Zweck hinaus und für ganz andere Fragen, als die in dem damals vorliegend gewesenen Falle streitig waren. In jenem Prozesse aber hatte ein Testaments-Exekutor kraft der ihm im Testament ertheilten Befugniß Grundstücke des Erblassers an einen Dritten veräußert und wurde von diesem auf Erfüllung des Kaufvertrages oder Rückgabe des gezahlten Angeldes belangt. Bei solcher, von dem gegenwärtig vorliegenden Rechtsstreite ganz verschiedenen Sachlage war die Frage, ob der verklagte Testaments-Exekutor in Folge des in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des Erblassers und nicht der Erben geschlossenen Vertrages den Nachlaß passiv zu vertreten befugt und schuldig sei, offenbar zu bejahen. Jenes Präj. beruht also auf durchaus anderen thatsächlichen und Rechtsverhältnissen, als hier zu entscheiden sind.

4. Die oben angeführte Argumentation des App.-Richters ist nach dem zu 1. und 2. Bemerkten insoweit richtig und zutreffend: als der Erbe es ist, an den die Erbschaft fällt, und der das Eigenthum derselben mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf, erlangt; sowie als die Befugnisse des Testaments-Exekutors wesentlich formeller Natur sind, und derselbe als Bevollmächtigter des Erblassers an sich nur fremde, aber nicht selbstständig eigene, d. h. sein eigenes Vermögen betreffende Rechte ausübt, und als den Legatarien als Honorirten die Erben als Verpflichtete (Onerirte) gegenüberstehen. Dagegen geht der Satz: der Kläger könne sich deshalb, weil der Testaments-Exekutor nur als Bevollmächtigter anzusehen sei, und die ihm im Testamente ertheilten Befugnisse,

---

Auch in Fällen andrer Art, wie sie Erk. b. u. c. behandeln, wird für die Prüfung der Aktiv- und Passivlegitimation des Testamentsexekutors von der Frage auszugehen sein, wie weit der Inhalt seines Rechts konkret reicht, inwieweit die Prozeßführung zur Ausübung seines Rechts gehört. In dem bereits erwähnten StrA. 21 S. 4 ist angedeutet, daß der Exekutor für die Einklagung von Aktiven und Passiven legitimirt sein kann. So ist auch wesentlich Erk. b. aufzufassen. Unter Umständen kann danach auch für die Klage auf Auszahlung eines Legats der Exekutor passiv legitimirt sein. In dem im Erk. b. angezogenen Falle StrA. 8 S. 242 hatte der mit Befugniß zur Veräußerung ausgestattete Exekutor ein Nachlaßgrundstück verkauft, das Kaufgeld erhalten, Uebergabe versprochen, sie aber nicht leisten können, weil der im Besitz befindliche Pächter behauptete, daß sein Recht Erbpacht sei. Gegen die Klage auf Uebergabe oder Rückzahlung des Kaufgeldes excipirte der Exekutor mangelnde Legitimation, weil gegen die Erben zu klagen, die seine Mandanten, § 153 I 13. Er ist in allen Instanzen verurtheilt, weil er Vertreter des Erblassers, nicht der Erben, nur an den Willen des Erblassers gebunden und deshalb in den Grenzen seiner Vollmacht aktiv und passiv den Nachlaß vertrete. Selbstverständlich gilt dies nur, so lange das Exekutorium dauert. Im Erk. b. wird diese Begründung ebenso wie im ObTr. 38 S. 362 offenbar insofern nicht approbirt, als damit die Vertretung der Erben durch den Exekutor verneint werden soll. Ein Beispiel, wo diese s. g. Vertretung der Erben ebenso wie im Erk. b. Nr. 232 fortfällt, giebt StrA. 41 S. 14. Fünf Geschwister waren zu Erben, A. mit Ermächtigung zur Theilung, Aushändigung der Erbtheile und Legate zum Exekutor ernannt, dem B. und dessen Kindern ein bedeutendes Legat mit der Bestimmung ausgesetzt, daß es auf die Hälfte zu reduziren, wenn der Nachlaß einen bestimmten Betrag nicht übersteige. Der Exekutor zahlte nur die Hälfte, worauf der Legatar gegen die Erben auf Zahlung der anderen Hälfte klagte, weil

möchten sie noch so ausgedehnt sein, ihn niemals an die Stelle der Erben setzen, nur an die instituirte Erben halten, stehe aber mit dem Testaments-Exekutor in gar keiner Beziehung, offenbar zu weit, und ist in dieser Allgemeinheit rechtsgrundsätzlich falsch, verletzt also die §§ 557, 558 I 12 und den Anhang § 157. Allerdings hat nach diesen Vorschriften nicht schon jeder Testaments-Exekutor das Recht, den Nachlaß an Stelle der Erben Dritten gegenüber aktiv und passiv zu vertreten; dagegen ist aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ebensowenig zu entnehmen, daß ein Erblasser in sein'em Testamente dem ernannten Vollstrecker desselben nicht so ausgedehnte Befugnisse ertheilen könnte, daß dieser dadurch ermächtigt würde, an Stelle der Erben den Nachlaß gegen Ansprüche von Gläubigern und Legatarien zu vertreten und dieselben daraus zu befriedigen. Vielmehr ist anzunehmen, daß ein Erblasser dem Exekutor seines Testaments, als seinem Bevollmächtigten, allerdings so umfassende Rechte übertragen könne, welche einerseits seine Erben in ihrer Befugniß, über den Nachlaß zu disponiren und denselben gegen Ansprüche Dritter zu vertheidigen, beschränken und andererseits diese Dritten in eine Beziehung zu dem Testaments-Exekutor und in die Lage versetzen, wegen ihrer Ansprüche an den Nachlaß sich nicht an die Erben, sondern an den Testaments-Exekutor zu halten. Es kommt daher allerdings im einzelnen Falle bei der Frage, ob ein Testamens-Exekutor den Nachlaß passiv allein vertreten könne, auf den Inhalt der letztwilligen Verordnung an, in welchem ihm deren Vollstreckung übertragen ist (§ 557 I 12; §§ 85, 98, 118 I 13 ALR.).

Dies hat der App.-Richter verkannt. Bei der nunmehr eintretenden freien Beurtheilung aber muß in der Sache selbst seine Entscheidung aufrecht erhalten werden. Denn nach der obigen Ausführung reicht der Umstand allein, daß der Verklagte zum „Vollstrecker ihres letzten Willens“ resp. Exekutor ihres Testamentes ernannt worden ist, nicht aus, die Passivlegitimation desselben festzustellen. Er wird vom Kläger nur in dieser Eigenschaft auf Zahlung des ihm cedirten Legatantheils belangt. Es wäre daher Sache des Klägers gewesen, zu behaupten und nachzuweisen, daß die M.'schen Eheleute (die Prinzipale und Machtgeber des Verklagten) ihren Testaments-Exekutor, den Verklagten, zur Auszahlung der Legate oder zur Einlassung auf Klagen, welche Legatarien oder andere Verlassenschaftsgläubiger gegen die Substanz des Nachlasses anstellen möchten, ausdrücklich und besonders ermächtigt

---

nach seiner Behauptung der Nachlaß mehr betragen, als der Exekutor angenommen. Die Erben excipirten, daß der Kläger gegen den Exekutor klagen müsse, dies ist aber in 2. und 3. Instanz verworfen, weil die Erben die Onerirten, Eigenthümer der Erbsch. nach § 367 I 9, der Exekutor auch bei ausgedehntester Vollmacht nie an die Stelle der Erben trete, kein eignes, nur fremdes R. ausübe. Der innere Grund war hier, daß über die streitige Frage der Existenz oder des Umfangs der Belastung der Erben durch das Testament jedenfalls zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten entschieden werden kann, wenn die Bestimmung des Testators über die Befugnisse des Exekutors nicht das Gegentheil ergiebt. In dem im Erk. b. erwähnten ObTr. 38 S. 362 handelte es sich um die nicht mehr praktische Frage, ob dem Exekutor die Doppelfrist zur Anmeldung der Rechtsmittel zusteht, wenn Minorenne unter den Erben. Die Frage ist bejaht aus Gründen, welche für die Auffassung des ObTr. von der juristischen Natur der Testamentsexekution von Bedeutung. In dem Falle war der Exekutor zur Einziehung von Forderungen besonders ermächtigt. Das ObTr. deduzirt, daß der Exekutor, wenn er auch selbstständig, selbst ohne zur Benennung der Erben verpflichtet zu sein, die Aktiva einziehe, er dies doch für die Erben als die Berechtigten thue, daß deshalb der Satz in den Gründen StrA. 8 S. 242, der Exekutor vertrete den Erblasser, den Nachlaß, nicht die Erben, der nur nebenbei aufgestellt, nicht dahin aufzufassen, daß der Erbe überhaupt nicht in Betracht komme, daß § 557 h. t. nur den Rechtsgrund ausdrücke, aus welchem die Erben an die Testamentsexekution gebunden, sich den vom Erblasser ernannten Mandatar gemäß § 190 I 13 gefallen lassen müssen, daß daraus aber nicht folge, daß der Exekutor nicht Namens und für die Erben handle, denen er nach §§ 558, 562 h. t. selbst Rechnung legen müsse, und daß die Stellung der Erben benachtheiligt und erschwert werden solle.

Dabei wird erwähnt, daß nach der gemeinrechtl. Theorie (Leyser spec. 374 med. 1—12)

hätten. Dies ist nicht geschehen. Nach dem Vortrage des Klägers kann daher nur angenommen werden, daß dem Verklagten in dem Testamente nur der allgemeine Auftrag zur Vollziehung ihres letzten Willens und zur Verwaltung ihres Nachlasses ertheilt worden ist. Bei dieser Sachlage läßt sich aber der Verklagte nicht für passiv legitimirt, d. h. weder für berechtigt noch für verpflichtet erachten, sich statt der eigentlichen Schuldner der Erben als Eigenthümer deren Nachlasses, auf eine Klage einzulassen, welche darauf gerichtet ist, daß aus diesem Nachlasse ein Legatantheil gezahlt werden soll.

Gründe: c. Der App.-Richter führt aus: Wenn der § 557 I 12 den Testaments-Exekutor als den Bevollmächtigten des Erblassers bezeichne, so könne das nicht den Sinn haben, daß er bei den von ihm zu besorgenden Geschäften den letzteren vertreten solle, weil die Persönlichkeit eines Menschen mit dem Tode erlösche, und ein Verstorbener durch einen Bevollmächtigten keine Geschäfte mehr abschließen könne, der § 557 könne vielmehr der Natur der Sache nach nur die Bedeutung haben, daß der Testaments-Exekutor nach der ihm vom Erblasser ertheilten Instruktion die einschlägigen Geschäfte für den Erben zu besorgen habe, und daß dieser die Person sei, die er dabei zu vertreten habe; denn mit dem Tode des Erblassers falle die Erbschaft an den ernannten Erben, und wenn das Gesetz den Testaments-Exekutor einen Verwalter fremder Güter nenne, so könnten das nur die Güter des Erben sein, dem, sofern nicht anderweit disponirt sei, nach § 562 auch Rechnung gelegt werden müsse. Der Testaments-Exekutor, möchten seine Befugnisse übrigens noch so ausgedehnt sein, trete doch niemals an die Stelle des Erben, vielmehr besorge er nur dessen Geschäfte, nach Inhalt der ihm von dem Erblasser ertheilten Instruktion. Als Verwalter des Nachlasses könne er augenblicklich klagen; er sei aktiv und passiv legitimirt, die in diesen Prozessen vertretene Partei sei aber in Wirklichkeit der Erbe. Hieraus folgert der App.-Richter dann weiter: Mit demselben Rechte, mit welchem jeder Machtgeber ungeachtet des Vorhandenseins eines Mandatars, seine Rechte selbst wahrnehmen könne, mit eben dem Rechte müsse der Erbe neben einem Testaments-Exekutor dazu befugt sein, sofern ihm das nicht speziell untersagt sei, und selbstverständlich, sofern er dadurch nicht in den Geschäftskreis des Testaments-Exekutors wider dessen Willen eingreife, wovon hier nichts konstire. Unbedenklich könne der Testaments-Exekutor

---

die Erben selbst unanimo consensu von dem Willen des Testators abzugehn berechtigt, was für das Preuß. R. nicht als richtig gelten kann, §§ 559, 560, wenn es sich nicht um eine Bestimmung lediglich im Interesse der Erben handelt.

In RG. 9 S. 208 ist ähnlich für gem. R. der Exekutor zwar als Vertreter des Nachlasses (oder des Erblassers) bezeichnet, daraus aber hergeleitet, daß er auch die Erben vertritt, die mit dem Erbantritt die eigentlichen Interessenten, und daß deshalb ein Vertrag zwischen dem Exekutor und einem der Erben, in welchem dieser auf die Geltendmachung eines ihm event. neben dem testamentarischen zustehenden Intestaterbrechts verzichtet, auch für die Miterben, nicht blos gegenüber dem Exekutor wirksam, da durch denselben über die Rechte der Miterben nicht verfügt, der Exekutor vielmehr das Testament gegen Anfechtung zum Besten der Bedachten gesichert, was innerhalb seiner Funktionen liege.

In StrA. 71 S. 182 ist angenommen, daß der Exekutor nach §§ 37, 38, 46 I 13, § 122 I 14 einzelne Geschäfte durch Andere verrichten zu lassen befugt. Daß der Exekutor den Erben gegenüber zur Legung eines Inventars und zur Manifestirung verpflichtet, ebenso zur Rechnungslegung, soweit er als Verwalter anzusehn, ist nach §§ 558, 562 h. t., § 139 I 14 ALR.; §§ 28, 29 Nr. 1 I 22 AGO. nicht bedenklich. ObTr. 13 S. 376. StrA. 79 S. 350.

Zu § 561 h. t. ist zu bemerken, daß die Entscheidung des Exekutors nur maßgebend, wo ein Zweifel über die Auslegung besteht, nicht z. B. wo das Testament als ungültig angefochten und es sich um die Frage handelt, ob es ungültig? Darüber hat nur der Richter zu entscheiden. So ObTr. 15 S. 304, wo die Söhne und deren Kinder zu Erben eingesetzt, die Söhne, weil verschwenderisch, auf eine Rente beschränkt, dem Exekutor die Entscheidung mit Ausschluß des Rechtswegs bei allen Fragen über die Auslegung des Testaments übertragen war. Als einer der Söhne auf den Pflichttheil klagte, wurde die Berufung auf die Befugniß des Exekutors abgelehnt, weil darüber, ob und was als Pflichttheil zu fordern, nur der Richter nach dem Gesetz zu entscheiden habe. Vgl. auch § 517 h. t.

auf den Grund seiner Instruktion selbst wider den Willen des Erben handeln, aber, wo er sich nur passiv verhalte, könne er die Rechte des Erben nicht beschränken. Im vorliegenden Falle sei dem Testaments-Exekutor unbedingt eine sehr ausgedehnte Befugniß in der Verwaltung des Nachlasses übertragen, allein der Anspruch des Klägers greife darin auch nicht ein.

Die Implorantin beschuldigt den vorigen Richter einer Verletzung der §§ 557—561 I 12, so wie einer Verkennung des wesentlichen Charakters des hier zur Beurtheilung gelangenden Testaments-Exekutoriums. Dieser Vorwurf ist auch begründet. Denn der Testaments-Exekutor ist nach § 557 l. c. wirklich Bevollmächtigter des Erblassers, nicht des Erben, er verwaltet den Nachlaß nicht im Auftrage des Erben, sondern des Erblassers, und wenn er gleich den Nachlaß, da dieser dem Erben eigenthümlich gehört, im Interesse des Erben, statt seiner und in diesem Sinne für ihn verwaltet, so ist er doch keineswegs der Mandatar des Erben, der ihn nicht bestellt hat und dem er vielmehr, als eine Beschränkung der Erbeseinsetzung und der Befugnisse eines Erben, vom Erblasser bestellt worden ist. Daher ist die Folgerung des vorigen Richters, daß der Erbe mit demselben Rechte, mit welchem jeder Machtgeber, ungeachtet des Vorhandenseins eines Mandatars, seine Rechte selbst wahrnehmen könne, mit eben dem Rechte auch dazu befugt sein müsse, rechtlich unhaltbar und den gesetzlichen Bestimmungen widersprechend, nach welchen der Erbe eben nicht Machtgeber des Testaments-Exekutors ist und daher auch nicht einem anderen Machtgeber, ihm gegenüber, gleichgestellt werden kann. Auf dieser irrigen Schlußfolgerung beruhet aber die Annahme des vorigen Richters, daß der Kläger, neben dem Testaments-Exekutor, kraft des Gesetzes ebenfalls zur Klage legitimirt sei. Denn ist er dies nicht, so bedarf es, um ihn als nichtlegitimirt darzustellen, nicht erst der speziellen Untersagung oder des Eingriffs in den Geschäftskreis des Testaments-Exekutors *wider dessen Willen*. Ohne jenen Fehlschluß hätte es vielmehr zur Begründung der Aktiv-Legitimation des Klägers einer Herleitung derselben aus den Anordnungen des Testators selbst beburft, worauf aber der vorige Richter seine Entscheidung keineswegs gestützt hat. Seine Entscheidung unterliegt daher der Vernichtung.

In der Sache selbst kommt es sodann vor Allem auf die dem Testaments-Exekutor oder seinem Substituten vom Erblasser überwiesenen Geschäfte an. Mit den dem Testaments-Exekutor beigelegten Befugnissen einer vormundschaftlichen Verwaltung, in der bestimmten weitesten Ausdehnung und der in sein Ermessen gestellten Beurtheilung und Nothwendigkeit des Angreifens der Substanz erscheint es unverträglich, daß auch einer der Erben, hier der Kläger, die von der Verklagten verkauften Gegenstände zur Nachlaßmasse zurückverlangt, weil dies ohne Bewilligung des Testaments-Exekutors und Nachlaß-Verwalters, während die Verklagte das Gegentheil behauptet, geschehen sein soll. Die Verklagte macht ihm mit Recht den Einwand, daß er, nach dem Testament, zu einer solchen Klage aktiv nicht legitimirt sei, da solche nach den Bestimmungen des Testaments nur von dem Testaments-Exekutor gegen sie würde angestellt werden können.

Nr. 233. §§ 208—241, 242, 243 ff., 281—287, 366—372. Testament. Publikation. Wirkung der Publikation und des Erwerbs aus dem Testament. Besitz der Erbschaft. Das Akkrescenzrecht. (Zuwachs.)*)

*) Vgl. *Windscheid* 3 §§ 567, 603, 604, 644, 645; *Dernburg* 3 §§ 215, 130, 135; § 189 unt. 2; *Förster* (*Eccius*) 4 § 253, § 272. — Ueber die Bedeutung der *Publikation* des Testaments, §§ 208 ff. h. t., für den Erbanfall und den Erwerb der Erbsch. vgl. Nr. 168, Bd. 1 S. 888 ff., namentlich ObTr. 20 S. 10 (StrA. 1 S. 155),

Erk. v. 18. Sept. 1874; StrA. 92 S. 268.

Die Eheleute R. hatten in ihrem wechselseitigen Testament den Ueberlebenden zum Erben eingesetzt und einen versiegelten Aufsatz dem Testament beigefügt, in welchem sie über das Vermögen nach dem Tode des Letztlebenden verfügt, aber bestimmt, dass dieser Aufsatz erst nach dem Tode des Letztlebenden publizirt werden solle. Die Kläger klagten gegen die überlebende Wittwe, weil sie durch Schenkungen das Vermögen verbringe, mit der Behauptung, dass sie in dem versiegelten Aufsatz fideikommissarisch substituirt, was sie durch Berufung auf diesen Aufsatz, ein Kodizill und durch Eid beweisen wollten. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe: Zunächst hatten die Kläger in den Vorinstanzen ausgeführt, daß die mit dem wechselseitigen Testament versiegelt eingereichte Beilage des Testaments schon jetzt publizirt werden müsse; sie verlangten, daß wenigstens der Prozeßrichter nach § 229 I 12 ALR. von diesem versiegelten Theile des Testaments Kenntniß nehme. Der App.-Richter sagt über diese Anträge: b) Kläger wollen zum Beweis über ihre Einsetzung als fideikommissarische Erben das mit dem wechselseitigen Testament versiegelt miteingereichte Kodizill schon jetzt publizirt haben. Das ist unzulässig, weil beide Testatoren ausdrücklich angeordnet haben, daß diese Publikation erst nach dem Tode des überlebenden Ehegatten erfolge. c) Die Kläger verlangen wenigstens, daß nach § 229 I 12 der Prozeßrichter von dem Inhalte der versiegelten Theile des Testaments Kenntniß nehme. Das ist unbegründet. Denn § 229 a. a. O. setzt publizirte Testamente voraus, in denen der Testator angeordnet hat, daß das Original überhaupt nicht vorgezeigt werde. Hier handelt es sich aber um noch nicht publizirte Theile eines Testaments. In Bezug auf diese Gründe des angegriffenen Erkenntnisses führen nun die Imploranten aus, daß die Verfügung der Eheleute R., daß der separat versiegelte Theil des Testaments erst nach dem Tode der Ehefrau publizirt werden solle, den Prozeßrichter nicht hindern könne, von dem Inhalte Kenntniß zu nehmen, wenn solches zur Entscheidung eines anhängigen Rechtsstreits erforderlich wird. Dies kann indessen als richtig nicht anerkannt werden. Denn die AGO.*) regelt die Beweisführung durch Urkunden in der Weise, daß die Urkunden entweder von dem Beweisführer produzirt oder vom Gegner oder einem Dritten edirt werden. Der Dritte ist im vorliegenden Falle das Gericht, welches die betreffende letztwillige Verfügung in seinem Depositum verwahrt. Man kann nun allenfalls in dem Antrage, daß der Prozeßrichter diese letztwillige Verfügung von Amts wegen einsehe, den Antrag finden: das Testamentsgericht zum Zweck der Einsicht der betreffenden letztwilligen Verfügung zu requiriren. Indessen dieser Antrag ist augenscheinlich unbegründet, da das verwahrende Testamentsgericht das Testament nur in den Fällen aus der Verwahrung herausgeben und die Eröffnung nur in den Fällen vornehmen oder gestatten darf, in welchen das Gesetz es zuläßt, d. h. vor Allem nicht gegen den Willen der Testatoren. Wenn aber der Testamentsrichter weder befugt noch verpflichtet ist, die in Rede stehende letztwillige Verfügung

*) Vgl. CPO. §§ 385 ff., 393, 397.

25 S. 155, Erk. a. u. b. das., ferner StrA. 92 S. 132 u. 96 S. 208, Bd. 1 S. 894, 895 über die Anwendung auf wechselseitige Testamente, auch StrA. 16 S. 235, das. S. 893. Ueber Besitz des Erbl. und des Erben vgl. Nr. 143, Bd. 1 S. 687. Nach § 243 h. t. wird der redliche Erbe bis zum Nachweise besseren Rechts geschützt. In ObTr. 53 S. 56 (StrA. 53 S. 372) war eine freireligiöse Gemeinde zum Erben eingesetzt, vgl. unter Nr. 229, S. 460, und angeordnet, daß bis zum Erwerbe von Korporationsrechten durch die Gemeinde bestimmte Personen den Nachlaß in Besitz nehmen und verwalten sollten. Der Nachlaßrichter, der die Einsetzung des Erben für ungültig erachtete, bestellte dem unbekannten Erben einen Pfleger, der mit dem im Lauf des Prozesses ermittelten Intestaterben gegen die Besitzer des Nachlasses auf Herausgabe ad depos. klagte. Der 2. Richter wies ab, weil es nach § 243 h. t. auf die Frage, ob der instituirte Erbe erbfähig, nicht ankomme, der Pfleger überhaupt nicht, nur die Intestaterben allein klagen könnten. Das ObTr. vernichtete, weil § 243 un-

gegen den ausdrücklich erklärten Willen der Testatoren eröffnen zu lassen, so ist nicht abzusehen, in welcher Weise der Prozeßrichter zur Einsicht dieser Urkunde gelangen soll. Der Fall des als verletzt bezeichneten § 229 I 12 ist ein völlig anderer; er setzt ein publizirtes Testament voraus, dessen Vorzeigung der Testator verboten hat. Derselbe kann auch keine analoge Anwendung finden, da das Hinderniß, weshalb der Prozeßrichter nicht im Stande ist, die Urkunde als Beweismittel heranzuziehen, gerade darin liegt, daß sie noch nicht publizirt werden darf.

Die Kläger hatten aber ferner zum Nachweise ihrer Aktivlegitimation die Abschrift eines Kodizills überreicht, welches nach ihrer Behauptung die R.'schen Eheleute angeblich beiderseits privatschriftlich vollzogen haben. Die Verklagten haben den behaupteten Inhalt dieses Kodizills bestritten, aber zugegeben, daß sich ein Kodizill im Nachlaß des R. vorgefunden habe. Dieses hat die Wittwe R., weil es einen Nachtrag zu der nach der Anordnung der Testatoren versiegelt zu verwahrenden Beilage des Testaments bildet, etwa 14 Tage nach der Publikation des Testaments dem Testamentsgericht eingereicht, und dieses hat auf ihren Antrag dasselbe zusammen mit der Beilage des Testaments eingesiegelt und zur gerichtlichen Aufbewahrung übernommen.

Auch in Bezug auf dieses Kodizill hatten die Imploranten beantragt, daß der Prozeßrichter dasselbe zum Zweck der Beweiserhebung einsehe. In dieser Beziehung sagt der App.=Richter, nachdem er erwähnt hat, daß die von den Klägern beantragte nachträgliche Publikation dieses Kodizills vom Nachlaßrichter versagt worden sei, und daß also der Inhalt desselben auf dem vorschriftsmäßigen amtlichen Wege nicht kundbar geworden sei, wörtlich: „So lange eine letztwillige Verordnung in der Verwahrung des Testamentsgerichts sich befindet, haben die Bestimmungen desselben keine rechtliche Existenz; erst durch die vorschriftsmäßige Publikation wird dieselbe ein documentum publicum." Dabei zitirt der App.=Richter den § 208 I 12 ALR., wonach kein Testament eher, als nach erfolgtem Ableben des Testators publizirt werden soll.

Da der App.=Richter bei seiner Argumentation vorzugsweise ins Auge faßt: ob die Kläger den Beweis über ihre Eigenschaft als fideikommissarische Erben gehörig angetreten haben, so kann man den obigen Passus seiner Gründe nur dahin verstehen: daß eine nicht publizirte letztwillige Verordnung nicht geeignet sei, als documentum publicum zur Führung eines Beweises im Prozeß zu dienen. Hierin muß man ihm aber schon aus dem einfachen Grunde Recht geben, weil, wie oben bereits ausgeführt ist, der Prozeßrichter kein Mittel hat, den Testamentsrichter zur Herausgabe der von ihm in gerichtliche Verwahrung genommenen Testamentsurkunde und zur Gestattung der Entsiegelung derselben zu nöthigen.*)

Aber auch wenn man den obigen Grund dahin auffaßt: „daß die Bestimmungen eines Testaments vor dessen Publikation kein klagend geltend zu machendes Recht begründen", ist der Satz richtig, namentlich wenn, wie im vorliegenden Falle, der Testator selbst durch die angeordnete Hinausschiebung des Zeitpunkts der Publikation zu erkennen gegeben hat, daß er eine solche Wirkung vor der Publikation nicht wolle.

---

*) CPO. § 397.

---

anwendbar, da er voraussetze, daß der Besitzer der Erbe, auf Grund Erbrechts besitzt, was konkret nicht der Fall war, wo die Beklagten als Vertreter des eingesetzten Dritten besaßen, gleichwohl aber ein eigenes Besitzrecht beanspruchten.

Wirkung der Erbeinsetzung und des Erwerbs ist das Akkrescenzrecht, wie es vom LR. sowohl für Erben wie Legatare geordnet. Es ist eine gesetzliche Folge der Erbeinsetzung und des Erwerbs, wenn mehrere Erben ernannt, von denen einer nicht Erbe sein kann oder will, oder wenn mehreren Personen dasselbe Legat beschieden, ob dies der Fall, ist konkret zu entscheiden; es kann z. B. auch bei Vertheilung einer Summe nach Quoten unter mehrere Legatare gemeint sein, Präj. 1235 (ohne Gründe). Es ist geordnet als dem präsumtiven, eines Beweises nicht bedürfenden Willen des Erblassers entsprechend, setzt eine Erbeinsetzung voraus, vgl. StrA. 40 S. 297, Erk. a. Nr. 235, und fällt daher fort, wenn es ver=

Die Kläger haben endlich den Verklagten den Eid über den von ihnen behaupteten Inhalt des versiegelten Testamentstheils und des Testamentsnachtrags zugeschoben, und diesen Eid haben die Verklagten angenommen. Der App.-Richter erachtet diese Eidesdelation für unstatthaft: weil es nicht zulässig sei, die Bekanntmachung des Inhalts eines nicht publizirten Testaments indirekt durch Eidesdelation zu erzwingen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Satz in dieser Allgemeinheit anzuerkennen ist, da er bei der festgestellten Lage des vorliegenden konkreten Falls gewiß richtig ist. Denn die Kläger leiten ihr geltend gemachtes Recht lediglich aus dem Testament der R.'schen Eheleute her und sind daher an die Bestimmungen dieses Testaments gebunden. Die R.'schen Eheleute haben aber in dem publizirten Theil ihres Testaments die Anordnung getroffen, daß der diesem publizirten Testamentstheil versiegelt beigefügte Aufsatz, welcher ihre letztwillige Bestimmung darüber enthalte, wie es mit dem nach dem Tode des Letztversterbenden verbleibenden Vermögen gehalten werden solle, erst nach dem Ableben des Letztversterbenden publizirt, bis dahin aber verschlossen in gerichtlicher Verwahrung verbleiben solle. Dadurch haben sie deutlich ihren Willen zu erkennen gegeben, daß Rechte aus diesem versiegelten Aufsatz erst nach dem Tode des Letztversterbenden von ihnen geltend gemacht werden sollen. Die Kläger, indem sie dennoch diesem Aufsatze vor diesem noch nicht eingetretenen Zeitpunkte rechtliche Wirksamkeit verschaffen und allein zu diesem Zweck den Inhalt des Aufsatzes durch Eidesdelation feststellen wollen, handeln dem ausgesprochenen Willen der R.'schen Eheleute, von denen sie ihre angeblichen Rechte herleiten, augenscheinlich zuwider, und deshalb ist die in Rede stehende Eidesdelation im vorliegenden Falle in der That unzulässig.

Völlig verfehlt ist es, wenn die Imploranten die Verletzung des § 602 I 12 ALR. behaupten, wonach der Inhalt eines durch Zufall verlorenen Testaments oder Kodizills durch Beweis ausgemittelt werden darf, da es an allen thatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift fehlt, und die völlige Verschiedenheit dieser thatsächlichen Voraussetzungen von der vorliegenden Sachlage jede analoge Anwendung ausschließt.

Was aber von dem dem Testament versiegelt beigelegten Aufsatze gilt, muß auch von dem Kodizill gelten, da dieses Kodizill auch nach der Fassung, wie die Imploranten selbst solche behaupten, nichts weiter als eine Aenderung und Ergänzung der Dispositionen des versiegelten Aufsatzes ist. Der Testamentsrichter hat daher sachgemäß diesen Nachtrag zur Beilage des Testaments ganz ebenso behandelt, wie diese Beilage selbst, indem er denselben mit der Beilage versiegelt zum Depositum genommen hat. Man muß den Willen der Testatoren über das Hinausschieben der Publikation der Beilage auch auf diesen Nachtrag beziehen, und aus denselben Gründen, aus welchen die Eidesdelation über den Inhalt der Beilage des Testaments unzulässig ist, ist sie auch über den Inhalt dieses Nachtrags nicht statthaft, Anh. § 35 z. ALR. I 12 § 163. Es kommt aber hier noch hinzu, daß dieser Nachtrag, weil er eben bloßer Nachtrag ist, ohne Einsicht der versiegelten Beilage nur Vermuthungen über den Gesammtwillen der Testatoren begründen, aber diesen Willen nicht so feststellen kann, daß man demselben rechtliche Wirkung geben könnte.

---

boten, direkt, oder indirekt durch Substitution. Als Wirkung des Erwerbes kann es, sobald der Erwerb beim Erben durch Ablauf der Entsagungsfrist definitiv geworden, überhaupt nicht, beim Legatar nur mit dem Legat aufgegeben werden, § 408 I 9, § 281 h. t. Diese Grundsätze sind im Wesentlichen in dem Erk. d. Nr. 168, Bd. 1 S. 858, StrA. 68 S. 60, entwickelt, in welchem es sich zugleich besonders um die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze von der Akkrescenz auf die Intestaterbfolge handelte. Daß der Akkrescenz nicht entsagt werden kann, wenn der Erwerb der Erbsch. definitiv geworden, ist auch in StrA. 23 S. 247 angenommen. Die Konsequenz der Natur des Akkrescenz als Folge des Erwerbs ist, daß bei wechself. Testament der Ehegatte, der Erbe geworden, nach §§ 492, 493 II 1; §§ 281, 285 h. t. testamentarisch auch über die Erbtheile vorverstorbener eingesetzter Nacherben, mit Rücksicht auf welche der erstverstorbene Ehegatte testirt hat, nicht verfügen darf. ObTr. 51 S. 235, 70 S. 282 zu II 1 §§ 492, 493.

Die Vorschrift des § 241 I 12 ALR., wonach außergerichtliche Dispositionen von dem, in dessen Hand sie sind, sogleich nach dem Ableben des Testators an die ordentlichen Gerichte zur Publikation eingeliefert werden sollen, findet selbstredend ihre Beschränkung durch die Verfügung des Testators, daß die Publikation bis zu einem bestimmten, noch nicht eingetretenen Ereigniß ausgeschlossen bleiben soll, und dasselbe gilt von dem ebenfalls als verletzt bezeichneten § 216 a. a. O.

Nr. 234. §§ 8, 23 ff., 35; §§ 611—613; §§ 277—280 (§§ 362 bis 365), 367; §§ 315 ff., 323 ff., 380, 381 ff., 386 (456) 408 ff., 417, 429, 433, 506, 517 (II 2 §§ 438, 439), 599, 600, 605—610. Testament und Vermächtniß. Ungültigkeit. Anfechtung. Anerkenntniß. Unwirksamkeit. Erbunwürdigkeit. Destitution.*)

a. Erk. v. 3. Juni 1848; ObTr. 16 S. 306.

b. Erk. v. 23. Mai 1870; ObTr. 63 S. 121.

Im Falle a. hatte der Erblasser in einer ungültigen privatschriftlichen Disposition einer Halbschwester ein Legat ausgesetzt, einer entfernteren Verwandten den übrigen Nachlass zugewendet, die Halbschwester hatte das Legat angenommen. Als die Erbschaftsstempelbehörde den Stempel von den drei Halbgeschwistern als den nächsten Intestaterben einzog, klagten sie gegen den im Besitz befindlichen, in dem ungültigen Testament ernannten Erben auf Herausgabe des Nachlasses, wogegen dieser sich auf die Annahme des Legats und bezüglich der beiden anderen Kläger auf mündliche Anerkenntnisse des Testaments berief. In 2. u. 3. Instanz ist die Legatarin abgewiesen, auf die Klage der beiden anderen zur Herausgabe von $^2/_3$ des Nachlasses verurtheilt. — Im Falle b. klagte die Wirthschafterin des 1865 verstorbenen, 1864 für wahnsinnig erklärten W. aus einem aussergerichtlichen Kodizill desselben vom Jahre 1861 auf Zahlung ihr darin legirter Sparkassengelder, wogegen die Erben einwendeten, dass dieselben vor dem Tode des Erblassers, wenn auch nicht durch ihn selbst, sondern nach seiner Entmündigung durch den Vormund eingezogen worden seien. Die Klage ist deshalb in 1. u. 2. Instanz abgewiesen. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Die Imploranten rügen als eine Verletzung der §§ 611 ff. I 12 ALR., daß der App.-Richter diese Vorschriften (von stillschweigender Anerkennung einer letztwilligen Verordnung) nur auf Erben und Legatarien, die in dem anerkannten Testament bedacht sind, beschränke; allein dieser Vorwurf ist grundlos. Der App.-Richter geht thatsächlich davon aus, daß hier es an einem ausdrücklichen Anerkenntnisse der fraglichen letztwilligen Willenserklärung des Erblassers seitens der Eheleute F. und R. mangele, und nur aus konkludenten Handlungen derselben die Verklagten ein solches herzuleiten suchten. Bleibt für das Nichtigkeitsverfahren dies, als mittelst eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes nicht angefochten, feststehen, so ist auch die Annahme des App.-Richters: daß nur der im Testament Honorirte ein die weitere Anfechtung der Gültigkeit derselben ausschließendes Anerkenntniß stillschweigend durch seine Handlungen wirksam an den Tag legen könne, nicht aber darin ganz übergangene Intestaterben, vollkommen gerechtfertigt. In dem gedr. Entw. des Gesetzbuchs fehlten die §§ 611—613 noch gänzlich. Erst

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 546—578, 563, 566; §§ 633, 638—640, 641; Dernburg 3 §§ 170, 229; Förster (Eccius) 4 § 256. — Die Mängel, welche die Ent-

auf die Bemerkung mehrerer Monenten, daß der Entwurf über das Anerkenntniß des Testaments nichts enthalte, äußerte Suarez in der revisio monitorum: „Der Erbe, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten. Dies ist nicht ganz wahr, vielmehr würde der Satz so zu fassen sein: „der Erbe, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit in der Regel nicht weiter anfechten; doch muß ihm rechtliches Gehör verstattet werden, wenn er nachweisen kann, daß die Gründe, aus welchen er die Verordnung anfechten will, erst nach dem Anerkenntnisse zu seiner Wissenschaft gelangt sind.“ Einem ausdrücklichen Anerkenntnisse ist es gleich zu achten, wenn der Erbe ein ihm ausgesetztes Prälegat ohne Vorbehalt angenommen oder einem Legatar ein Vermächtniß ausgezahlt hat;“ — und hierauf geschah die Aufnahme der §§ 611—613 in das ALR. (Gef.-Rev. Pens. XVI. S. 201). Nach der Natur des Erbrechtssystems des ALR. muß diesem eine solche Bestimmung, wie das Röm. R. in der l. 5 pr. D. de his, quae ut indignis (34, 9) enthält: „Post legatum acceptum non tantum licebit, falsum arguere testamentum, sed non jure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur,“ freilich fremd sein; eben aber, weil die Bestimmung des § 612 a. a. O. so allgemein ist, vernichtet ein solches Anerkenntniß nicht blos die Einwendungen gegen den Inhalt des Testaments, sondern auch die gegen dessen Form, und gegen die Fähigkeit des Testators, zu testiren. Auch darf ein solches Anerkenntniß nicht blos den pflichttheilsberechtigten Notherben (wiewohl ihre lediglich auf Ergänzung des Pflichttheils gerichtete Klage durch eine, aus dem § 612 l. c. entnommene Einrede nicht würde elidirt werden, weil nach der Spezialbestimmung des § 439 II 2 ALR. die bloße Annahme eines ihnen im Testamente ausgesetzten Legats als eine Abschlagszahlung auf den Pflichttheil aufgefaßt wird), sondern auch jedem Intestaterben entgegengesetzt werden, wenn der instituirte Erbe mit dem Erblasser entweder gar nicht, oder im entfernteren Grade verwandt ist, als der Prätendent. Nicht minder ergeben aber auch die oben mitgetheilten Materialien des ALR., wie die im § 611 I 12 gewählten Worte „kann die Gültigkeit nicht weiter anfechten,“ daß die Redaktoren sich wohl bewußt gewesen sind: es wür-

---

stehung einer gültigen letztw. Verordnung hindern, und den Angriff auf ihre Existenz (Ungültigkeit, Nichtigkeit) begründen, ergeben sich aus dem, was in den früheren Nummern über die Voraussetzungen hinsichtlich des letzten Willens, seiner Beschaffenheit, seiner Erklärung, der Fähigkeit zur Erklärung und zum Erwerb und seines Inhalts behandelt worden ist, mag es sich auf Erbeinsetzung oder Vermächtniß beziehen. Dazu treten die Vorschriften in II 2 über das Pflichttheilsrecht und eine Reihe von Vorschriften, welche sich nicht sowohl auf die Entstehung einer gültigen letztwilligen Verordnung im Ganzen oder im Einzelnen, als vielmehr auf den Hinzutritt von Umständen beziehen, welche die Entstehung eines Rechts aus der gültigen Disposition hindern oder das entstandene Recht aufheben. Zur letzteren Kategorie gehören namentlich die Bestimmungen über die Unwirksamkeit eines Vermächtnisses durch den Mangel oder die Beseitigung seines Objekts vor dem Tode des Erblassers, §§ 315 ff., 323 ff., 380, 381 ff., 386, 410 ff., 417, 429, 433, 506, 517, und über den Verlust des Rechts durch das Verhalten des Berechtigten, Erbunwürdigkeit, §§ 599—610. Aus § 599 u. dem allgem. Grundsatz in § 35 I 3, auf welchem § 599 beruht, ist in RG. 9 S. 284 hergeleitet, daß im Falle des § 599 auch der Intestaterbe sein Recht verliert, wie denn auch §§ 605, 609 den Intestaterben mitbetreffen. Unbedenklich ist ObTr. 33 S. 57, wonach § 607 auch den Fall trifft, wo der Testator durch Betrug am Widerruf gehindert worden ist. In dem Falle hatte der Testator seine Wirthschafterin zur Erbin eingesetzt, seine Eltern auf den Pflichttheil gesetzt, unmittelbar nach der Testamentserrichtung seinen Willen, das Testament zu widerrufen, erklärt, verlangt, daß sein Knecht nach der Stadt reite und die Deputation hole und die Wirthschafterin dies dadurch verhindert, daß sie den Knecht nicht auf das Gericht, sondern zum Arzt schickte, dem Testator aber das Gegentheil vorredete. Vgl. l. 3 D. 29, 6; 34, 9; C. 6, 34, 35. Das ObTr. führt aus, daß Hinderung ohne Rücksicht auf das Mittel die Zurückhaltung von einer beabsichtigten Handlung wider den Willen des Betroffenen bedeute, daß der psychologische Zwang dem physischen gleichstehe, §§ 31 ff. I 4; § 23 I 12. In S. u. v. Str. R. 4 S. 81 ist ein ähnlicher Fall abweichend entschieden, aber hauptsächlich aus dem thatsächlichen Grunde, daß die bloße Beeinflussung durch Bitte und Versprechen konkret

den durch das Anerkenntniß solche äußere oder innere Fehler eines Testaments, welche dasselbe ungültig machen würden, nicht sanirt; das s. g. Anerkenntniß, sei es von einem im Testamente gänzlich präterirten, oder auch zu Unrecht exheredirten Notherben, oder von einem bloßen Intestaterben abgegeben, sei vielmehr nichts anders, als entweder ein Vergleich über die zweifelhafte Gültigkeit des Testaments, oder ein Verzicht auf die Nullitäts-, beziehungsweise Inoffiziositätsklage; nach der Natur dieser Rechtsgeschäfte könne aber nur ein ausdrückliches Anerkenntniß in der Regel bindend sein, und die einzige Ausnahme davon mache der § 612, indem er einem ausdrücklichen Anerkenntnisse es gleich achte, wenn der Erbe Vermächtnisse aus dem Testamente ohne Vorbehalt gezahlt, oder der Legatar ein ihm zugedachtes Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat. Dieser Ausnahmefall ist jedoch nur da rechtlich denkbar, wo der auf Grund des Testaments Zahlung Leistende, beziehungsweise der solche Empfangende, darin auf irgend eine Weise zum Honorirten erhoben worden; wogegen bei im Testamente ganz übergangenen Intestaterben von einem Anerkenntnisse desselben blos durch ihre konkludenten Handlungen nach der landrechtlichen Theorie nicht die Rede sein kann.

Gründe: b. Allerdings heißt es bezüglich des Vermächtnisses einer bestimmten Schuldforderung in dem § 410 I 12: Ist die Schuld getilgt, so kann auch der Legatar nichts fordern, — und für den ähnlichen Fall des Vermächtnisses einer speziellen Sache schreibt der § 315 vor: Ist die vermachte Sache zur Zeit des Erbanfalles gar nicht mehr im Nachlasse vorhanden, so verliert das Vermächtniß seine Wirkung.

Es könnte die Fassung dieser Bestimmungen die Ansicht des vorigen Richters rechtfertigen, daß es lediglich nur auf die Thatsache ankomme, ob die vermachte Sache oder Schuldforderung noch bei dem Tode des Erblassers in dessen Nachlasse

---

nicht als betrügerische Absicht erachtet wurde. In einem älteren Urtheil S. u. v. Str. R. 1 S. 59 ist § 607 h. t. auf einen Fall angewendet, wo die Verkürzung der Klägerin durch das Testament durch Ausstellung einer gerichtlichen Schenkungsurkunde wieder gut gemacht werden sollte und die Aufnahme der Urkunde verhindert wurde.

Auf die §§ 315, 410 bezieht sich Erk. b., dessen durchaus rationeller Entscheidung unbedenklich beizutreten. Einen anderen Fall dieser Art behandelt StrA. 88 S. 145. Der Erblasser hatte A. zum Erben eingesetzt, dem B. mehrere Grundstücke vermacht, dieselben vor seinem Tode dem B. auch bereits formlos übergeben, § 323. Nach Errichtung des Testaments aber hatte der Erblasser dann mit A. einen Vitalitienvertrag geschlossen, durch welchen er dem A. sein ganzes Vermögen einschließlich zweier von den dem B. übergebenen Grundstücken übertragen. Als A. sich nach dem Tode des Erblassers in den Besitz derselben setzte, vindizirte B. als Legatar, wurde aber abgewiesen, weil § 323 wie § 288 h. t. ein gültiges Legat voraussetze, das Eigenthum der Grundstücke aber hier schon vor dem Tode des Erblassers auf den A. durch den Vitalitienvertrag (?) übergegangen sei, § 315 auf alle Fälle der Veräußerung anwendbar, sei sie als Veräußerung einer res singula oder mit einem Vermögensinbegriff erfolgt, und Platz greife, auch wenn weder eine letztwillige Verordnung, noch ein Widerruf vorliege. Daß die §§ 374, 375 h. t., auf welche der Kläger sich noch berufen, unanwendbar, folgte daraus, daß zur Zeit der Errichtung des Testaments der Testator seine eigene Sache, nicht die des Erben hatte vermachen wollen, während jene §§ immer einen Thatbestand voraussetzen, durch welchen die Annahme zugelassen, daß der Erblasser die Sache auch als die des Erben hat verwahren wollen, eine Annahme, welche konkret direkt ausgeschlossen war. Vorbedingung der Entscheidung war natürlich, daß der B. das Eigenthum der Grundstücke nicht definitiv und unwiderruflich erworben hatte; dies lag aber auch nach den Grundsätzen des ALR. nicht vor.

Wie weit die Ungültigkeit wirkt, ist theils von ihrem Grunde abhängig, theils positiv, wie z. B. bei dem Angriff durch Pflichttheilsberechtigte, nachgeborene Kinder und sonst, vgl. §§ 138 h. t., normirt. Wo der Mangel den Willen oder die Verfügungsfähigkeit betrifft, fällt regelmäßig die letztw. Verordnung mit ihrem ganzen Inhalt fort. Wo der Mangel

vorgefunden wird, so daß der etwaige Wille des Erblassers dabei gar nicht weiter in Betracht zu ziehen wäre. Indeß beruhen diese Vorschriften doch offenbar auf einer Voraussetzung, die hier im vorliegenden Falle nicht vorhanden ist, und selbst die Worte der allegirten §§ stehen der Auslegung der Implorantin nicht entgegen. Unzweifelhaft ist die dabei zum Grunde liegende Absicht darauf gerichtet, den letzten Willen des Testators zu erforschen und in Ausführung zu bringen, §§ 411, 413.

Suarez stellt auch in der rev. monitorum in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41, bei Gelegenheit der die quarta Falcidia des Röm. R. berührenden Monita allgemein den Grundsatz auf, daß voluntas testatoris heilig gehalten und erfüllt werden müsse. Dieser Wille des Erblassers kommt aber nicht allein bei Errichtung eines Testamentes oder Kodizilles, sondern auch bei deren Aufhebung oder Abänderung in Betracht. Bloße Vermuthungen, daß der Testator seinen letzten Willen habe ändern wollen, verdienen nach § 598 keine Rücksicht, dagegen wird in den §§ 563 ff. eine Reihe von Handlungen aufgeführt, aus denen auch ohne eine ausdrückliche Willensäußerung des Testators auf einen Widerruf früherer Dispositionen desselben geschlossen werden soll. Wenn der Testator ein gerichtlich niedergelegtes Testament oder Kodizill zurücknimmt, so verliert dasselbe seine Gültigkeit, § 565. Wenn in außergerichtlichen Dispositionen ein Vermächtniß ganz, oder auch nur der Name des Legatarius, die Sache, oder das Quantum, welche vermacht worden, weggestrichen, ausgelöscht oder sonst unleserlich gemacht sind, so ist das Legat für aufgehoben zu achten, § 596. Auch kann nach § 597 der Inhalt solcher außergerichtlichen Verordnungen durch bloße entgegengesetzte Willenserklärungen widerrufen werden, sobald über dergleichen Erklärung des Erblassers nur ein in gewöhnlichen Fällen hinreichender Beweis geführt werden kann. Ist hiernach also in dem Durchstreichen des Legates oder des Namens des Legatars eine solche Handlung des Testators zu finden, welche eine Aenderung seines Willens beweist, so wird dasselbe auch gelten müssen, wenn er die vermachte spezielle Sache veräußert oder beseitigt; und es liegt eine solche Willensänderung dann ebenso auch darin, wenn der Testator

---

in der Form der Erklärung besteht, kann die übrigbleibende Form als außergerichtl. Verordnung einen Theil des Inhalts aufrecht erhalten. Vgl. darüber Erk. b. Nr. 225.

Für das Gebiet der Ungültigkeit letztwilliger Verordnungen sind die (nach StrA. 77 S. 181; 99 S. 28 auch auf Erbverträge, Nr. 235, anwendbare) §§ 611—613 h. t. von besonderer Wichtigkeit. Für die Beurtheilung der Natur des dort behandelten Anerkenntnisses ist das Erk. a. von grundlegender Bedeutung geworden. Nach § 611 soll das Anerkenntniß die Anfechtung beseitigen. Danach muß es von demjenigen Erben (Testaments-, Intestaterben) oder Legatar ausgehn, der aus dem Mangel der letztwilligen Verordnung einen Anspruch herleiten könnte, der durch das Anerkenntniß beseitigt wird. Durch diese Wirkung gewinnt das Anerkenntniß, wie das Erk. a. darlegt, die Natur des Verzichts oder des Vergleichs. Es setzt, wie aus dem Zusammenhang von §§ 611, 612 folgt und für den Spezialfall der Anfechtbarkeit wegen Pflichttheilsverletzung in § 438 II 2 ausdrücklich vorgeschrieben, ausdrückliche Erklärung, § 60 I 4, voraus, der nur die in § 612 bezeichnete Handlung (§ 58 I 4) der vorbehaltlosen Zahlung oder Annahme von Vermächtnissen gleichgestellt ist. Aus § 613 folgt zugleich, daß die Kenntniß des Mangels vorausgesetzt ist, eine Kenntniß, die ohne Publikation der letztw. Verordnung, um deren Mangel es sich handelt, nicht möglich, § 442 I 16, StrA. 54 S. 110, und eine Voraussetzung, die sich auch aus der Vergleichs- und Verzichtnatur ergiebt, aus welcher zugleich die Konsequenz zu ziehen, daß die ausdrückliche Erklärung (§ 611) den gewöhnlichen Formvorschriften, § 381 I 16, unterliegt, mit dem Willen, anzuerkennen, und demjenigen gegenüber abgegeben sein muß, der daraus Rechte, d. h. die Beseitigung des Mangels, herleitet. Die Form des Verzichtes erfordert das in der Juristischen Wochenschrift 1848 S. 357, 363 mitgetheilte Erk. des ObTr. v. 24. Juli 1848. Daß das Anerk. ausdrücklich, wenn nicht § 612 h. t. vorliegt, und dem dadurch Berechtigten gegenüber erklärt, auch im Falle des § 612 den Willen der Anerkennung erkennbar enthalten muß, sprechen aus StrA. 99 S. 28, wo ein angebliches Anerk. der Erbschaftssteuerbehörde oder einem Pächter gegenüber nicht für wirksam erachtet, ferner StrA. 63 S. 189 u. ObTr. 41 S. 201, 208 (StrA. 32 S. 250). In ersterem Falle hatte der in provinzialrechtl. GG. lebende Ehemann, der danach nur zur Verfügung über die Hälfte des gemeinschaftlichen Ver-

eine speziell vermachte Schuldforderung einzieht. Ist es somit nicht sowohl die Thatsache der Veräußerung der vermachten Sache, oder der Einziehung der vermachten Schuldforderung, die Thatsache, daß die Sache oder Forderung nicht mehr vorhanden ist, welche das Legat aufhebt, sondern erst der dadurch sich dokumentirende Wille des Erblassers, seine frühere Disposition zu ändern, so würde auch das Legat nicht als fortfallend zu erachten sein, sobald klar und unzweifelhaft festgestellt wird, daß jene Handlungen von dem Testator keineswegs in der Absicht vorgenommen worden sind, das Legat wieder aufzuheben. Es dürfte beispielsweise dem Durchstreichen eines Legates im Falle des § 596 die angedrohte Aufhebung nicht beizulegen sein, wenn das Durchstreichen erweislich durch Zufall oder ganz unbefugt und widerrechtlich von einem Dritten, ohne Wissen und Willen des Testators, bewirkt worden. Der § 602 gestattet denn auch die Ausmittelung des Inhaltes eines durch Zufall ganz verlornen Testamentes oder Kodizilles ꝛc. durch Beweis, und der § 603 verlangt nur einen vollen Beweis, der durch einen Erfüllungseid nicht ergänzt werden kann. Immer ist es somit der letzte Wille des Testators, der erforscht werden soll und der, wenn er unzweifelhaft festgestellt ist, auch zur Geltung kommen muß.

Nun lauten die §§ 315, 410 zwar ganz absolut, indeß ist damit noch nicht so unbedingt und unter allen Umständen ein Forschen nach dem eigentlichen Willen des Erblassers ausgeschlossen. Es kommt dabei immer in Betracht, daß, nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, dem Erblasser, selbst wenn er die als Vermächtniß bestimmte Sache nicht selbst veräußert, doch von deren Untergange oder Verschwinden Kenntniß beiwohnen wird, daß die Tilgung der zum Legate ausgesetzten Forderung nicht füglich ohne seine Mitwirkung geschehen kann. Insofern der Erblasser dieses geschehen läßt oder selbst vornimmt, ohne bezüglich des beabsichtigten Vermächtnisses eine neue Bestimmung zu treffen, wird dann auch hierin wieder nur die Willensmeinung zu finden sein, das ausgesetzte Legat fortfallen zu lassen. Es finden sich somit in jenen §§ 315, 410 nur die Thatsachen bezeichnet, aus denen mit Sicherheit auf die Willensänderung des Testators zu schließen ist. Zweckmäßiger hätten

---

mögens befugt war, testamentarisch verfügt, daß der Verklagte ihm im Hofe nachfolgen, denselben 10 Jahre mit der Wittwe gemeinschaftlich bewirthschaften, dann aber den Hof gegen Abfindung der übrigen Kinder beider Ehen und eine Leibzucht für die Wittwe, als Eigenthum erhalten solle. Als die Wittwe auf Anerkennung ihres Eigenthums an der Hälfte des Vermögens klagte, wurde ihr entgegengesetzt, daß sie gerichtlich erklärt, es sei in Betreff des Testaments ihres Mannes ihr Wunsch, daß der Beklagte den Hof schon jetzt allein übernehme, auch ihren und der Kinder Unterhalt. Darin sollte ein Anerkenntniß im Sinne § 611 liegen. Das ObTr. hat dies verneint, weil darin ein ausdrückliches Anerkenntniß nicht enthalten. In ObTr. 41 S. 201 (StrA. 32 S. 250) hatten sich Eheleute in wechselſ. Testamente gegenseitig zu Erben eingesetzt, aber Kodizille vorbehalten. Anh. § 35; Nr. 225. Die zuerst verstorbene Ehefrau hatte ein Kodizill hinterlassen, in welchem sie Legate ausgesetzt, zugleich aber unzulässig bestimmt hatte, daß der Ehemann auf den Pflichttheil gesetzt, falls er eine bestimmte Person heirathe. Als der Ehemann die Vermächtnisse zahlte, aber auf Aufhebung des sonstigen Inhalts des Kodizills klagte, wurde eingewendet, daß er es durch Zahlung der Legate nach § 612 h. t. anerkannt. Dies ist verworfen, weil der Ehemann zur Zahlung der Legate so wie so verpflichtet, daraus ein Anerk. der modifizirten Erbeinsetzung deshalb nicht herzuleiten war, da aus der Erfüllung einer Verpflichtung die Absicht der Anerkennung des unverbindlichen Inhalts mit Sicherheit nicht zu entnehmen. Vgl. § 439 II 2. Wirkliches, ausdrückliches Anerk. lag dagegen vor in StrA. 18 S. 338, wo der Testator dem eingesetzten Erben in einem außergerichtlichen, unterkreuzten Aufsatz, der deshalb ungültig, ein Legat auferlegt und der Erbe dem Legatar gegenüber unter dem Kodizill schriftlich erklärt hatte, daß er das Kodizill gelesen und es erfüllen werde. Hier ist der Legatar gegen den Erben trotz der Ungültigkeit des Kodizills durchgedrungen. Denn daß das Anerkenntniß nach § 611 die Mängel der Form sowohl wie des Inhalts heilt, ist in Uebereinstimmung mit diesem und dem Erk. a., wo dies besonders betont, auch sonst in der Praxis des ObTr. konstant angenommen. So in StrA. 99 S. 28, wo hervorgehoben, daß § 611 generell und unbeschränkt sich auf alle Mängel bezieht, die eine letztw. V. für die Betheiligten unverbindlich machen, mögen sie in der Form, dem Inhalt, der Handlungsfähigkeit oder der Befugniß, über den

jene Bestimmungen vielleicht ihre Stelle in dem Abschn. I 12 ALR. gefunden, welcher von dem Widerrufe und der Aufhebung letztwilliger Bestimmungen handelt, und mit dem § 563 erst beginnt; indeß kann daraus, daß dieses nicht geschehen, noch keineswegs ein Schluß auf eine andere Absicht des Gesetzgebers gezogen werden, zumal die weiteren, jenen sich anschließenden §§, dieselben modifizirenden Bestimmungen, gleichzeitig Vorschriften über die Aufrechthaltung der ursprünglichen Willensmeinung des Erblassers enthalten.

Gerade diese weiteren Vorschriften bestätigen obige Auffassung über den Sinn und die Bedeutung der §§ 315, 410. Der Gesetz-Revisor sagt im Pensum XVI: Derselbe Grund, warum das Legat einer bestimmten Sache cessirt, wenn die legirte Sache nicht mehr zum Nachlasse gehört, macht auch das Vermächtniß einer Forderung ungültig, wenn letztere zur Zeit des Erbanfalles nicht mehr existirt. Auf die Art, wie die Forderung getilgt worden, kann nichts ankommen, und ebensowenig kann aus der Aufbewahrung der Gelder, dem Wiederausleihen derselben ein sicherer Schluß gezogen werden, daß das Legat habe aufrecht erhalten werden sollen. Die Bemerkung: daß die interpretationes ex praesumta voluntate zu schwankend sind, als daß man sie zu praesumtiones juris et de jure erheben könnte, findet auch hier vollkommen Anwendung.

Es kann diese Bemerkung des Gesetz-Revisors auch bei Auslegung der Bestimmungen des ALR. nicht unbeachtet bleiben; sie enthält keinen neuen Grundsatz für die neuere Gesetz-Revision, sondern spricht nur bestimmter den jenen Vorschriften des ALR. zum Grunde liegenden aus. Sie kommt hier aber in doppelter Beziehung in Betracht, einmal, insofern daraus hervorgeht, daß den §§ 315, 410 in der That dasselbe Prinzip zum Grunde liegt, und daher denn auch aus den modifizirenden folgenden Bestimmungen des einen ein Schluß auf das dem anderen zum Grunde liegende Prinzip wird gezogen werden können. Sodann liegt in jener Aeußerung des Gesetz-Revisors aber auch eine Bestätigung obiger Ausführung, daß die beregten landrechtlichen Vorschriften nur als Regeln für die Auslegung des letzten Willens des Testators aufzufassen sind. In den §§ 316—327 werden nun

---

bestimmten Gegenstand zu verordnen, bestehn (wobei in letzterer Richtung aber die §§ 386, 456 wegen ihres publizistischen Charakters auszunehmen sind). Dabei ist kein Unterschied zwischen Nichtigkeit und Ungültigkeit zu machen. In StrA. 29 S. 306 hatte die Ehefrau, die mit dem testirenden Ehemanne in der GG. nach Münsterschem Statutarrecht lebte, nach welchem der Ehemann bei beerbter Ehe nur gemeinschaftlich mit der Frau über die Masse letztwillig verfügen darf, das einseitige Testament nicht blos durch ihre eigenhändige Unterschrift unter dem Testament, sondern auch nach der Publikation zum gerichtl. Protokoll ausdrücklich anerkannt. Hier ist das Recht zur Anfechtung des Testaments, dessen sich die Ehefrau begeben, versagt. In StrA. 66 S. 65 ist zwar der Satz ausgesprochen, daß, wo das Testament von Anfang an nichtig, weil z. B. der Testator provinzialrechtlich überhaupt nicht zu testiren befugt, das Testament, weil es somit seiner Erbeinsetzung nicht existire, auch durch Anerk. nicht lebendig werde. In diesem Falle handelte es sich aber nicht, wie in StrA. 29 S. 306, um das Anfechtungsrecht der Wittwe, sondern um das Recht des in einem vom Ehemann während des Blödsinns der Ehefrau einseitig errichteten Testament eingesetzten Erben.

In StrA. 8 S. 221 hatte A. in der Münsterschen GG. in 2 Ehen gelebt und vor dem Abschluß der 2. Ehe mit den Kindern 1. Ehe einen Vertrag geschlossen, durch welchen jedem Kinde $^1/_6$ des Kolonats und eine Abfindung stipulirt wurde. Nach Trennung der 2. Ehe hatte der Vater aber in einem Testament das Kolonat und das gesammte übrige Vermögen dem einen Sohn 1. Ehe gegen eine Abfindung für die Geschwister zugewendet, dieser Sohn das Kolonat angetreten und die Abfindung an die Geschwister, die sie annahmen, gezahlt. Hier ist die spätere Klage des einen Sohnes auf Anerkennung seines Eigenthums an $^1/_6$ des Kolonats, welches ihm durch den Vertrag überwiesen, abgewiesen, weil er die Abfindung aus dem Testament als Legat ohne Vorbehalt angenommen, § 612 h. t., und dadurch der Angriff auf das Testament aus § 384 h. t. (unzulässige Verfügung über eine dem Testator nicht gehörige Sache des Legatars) beseitigt. In dem Präj. 2634; ObTr. 31 S. 18 sind §§ 611, 612 endlich auch auf die Fälle der Indignität, §§ 605—607 h. t., zur Anwendung gebracht. Die Erblasserin hatte ihren Bruder zum Erben ernannt, einem Geschwisterkind ein Legat ausgesetzt, welches vom Erben gezahlt und ohne Vorbehalt angenommen war. Der Legatar klagte gegen

eine Reihe von Vorschriften gegeben, was gelten soll, wenn der Testator die vermachte Sache veräußert und nachher wieder erwirbt; Veränderungen mit derselben vornimmt; wenn er sie dem Legatar selbst durch einen lästigen Vertrag übereignet. Alle diese Vorschriften zielen ganz unzweideutig auch nur dahin, den aus den einzelnen Handlungen sich ergebenden Willen des Testators festzustellen. Eben dasselbe bezwecken die oben bereits mitgetheilten Bestimmungen in den §§ 411—413. Erfolgt die Tilgung der legirten Forderung durch spätere Gegenforderungen, über welche eine Berechnung mit dem Testator nicht stattgefunden, dann bleibt das Legat bestehen. Es ist also nicht die Thatsache der Tilgung der Schuld der alleinige Grund des Fortfalles des Legates, sondern die Tilgung unter Mitwirkung des Testators selbst, und ebenso ist es die eigene Handlung und die darin sich dokumentirende Willensmeinung des Testators, welche das Legat, ungeachtet der Tilgung, aufrecht erhält, wenn Letzterer die eingezogene Summe besonders aufbewahrt oder wieder ausgeliehen hat, §§ 412, 413. Auch nach gem. R. wurde in der Aufkündigung und Einziehung der vermachten Forderung nur ein Widerruf des Vermächtnisses gefunden und es war controvers, ob dieses auch dann anzunehmen, wenn die Aufkündigung vom Schuldner ausging. Kommt es hierauf auch nach der Bestimmung im § 410 jetzt nicht an, so ist damit noch keineswegs angedeutet, daß der Wille des Testators überhaupt nicht weiter in Betracht zu ziehen ist. Es liegt in der Annahme der Kündigung und des Geldes, ohne daß zu Gunsten des Legatars anderweit darüber disponirt wird, ein ebenso sicheres Zeichen des Willens des Testators, das Legat aufzuheben, wie in seiner eigenen Aufkündigung, und das beweisen die Bestimmungen in den §§ 412, 413.

Liegt nach alledem in der Tilgung der als Vermächtniß bezeichneten Forderung, § 410, gleichviel, ob dieselbe von dem Testator als Gläubiger selbst veranlaßt ist oder von dem Schuldner bewirkt wird, immer nur der Beweis für die Willensänderung des Testators, dann wird auch die als gesetzliche Folge daran geknüpfte

---

den Erben demnächst auf Verlust seines Erbrechts und Entschädigung wegen seiner gesetzlichen Erbportion, indem er behauptete, daß die Erblasserin das Testament habe widerrufen und die gesetzliche Erbfolge herstellen wollen, durch den Erben aber daran gewaltsam gehindert worden sei. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz auf Grund der §§ 611, 612 h. t. abgewiesen, weil der Fall des § 613 nicht erwiesen, die §§ 611 ff. aber nach dem Zusammenhange auf alle unmittelbar vorhergehenden Fälle der Ungültigkeit und Unwürdigkeit anzuwenden, danach ein Testament gültig bleiben könne, auch wenn gewisse Personen berechtigt, eine ihnen nachtheilige Disposition dessen fortzuschaffen. Die Erbunwürdigkeit werde nicht von Amtswegen verfolgt, der Verlust des Rechts wegen derselben sei nicht, wie im R. R., eine öffentl. Strafe, die dem Unwürdigen sein Recht zu Gunsten des Fiskus entziehe, sondern der Erbtheil wachse nur dem Nachlaß zu, selbst im Falle § 608 h. t., der Beschädigte habe nur ein verzichtbares Recht.

In StrA. 38 S. 175 ist die Frage, ob das Anerk. des Vormunds für den Mündel der obervorm. Genehmigung bedürfe, behandelt und verneint. Vgl. jetzt VO. § 42 Nr. 4, 8, 14.

Ueber die auf den §§ 611 ff. h. t. beruhenden §§ 438, 439 II 2 betr. die Aufhebung des Pflichttheilsanspruchs durch Anerkenntniß vgl. dort namentlich ObTr. 64 S. 187 (StrA. 78 S. 76).

Die Frage, ob das Anerk. in §§ 611 ff. nur negativ wirkt, d. h. den Angriff beseitigt, oder auch positiv so, daß Legatare und Gläubiger daran gebunden, vgl. Windscheid 3 § 566_3; Dernburg 3 § 229_9; Förster (Eccius) 4 § 256_5, — ist in der Praxis nicht behandelt. Das Erk. a. scheint nur die negative Wirkung anzunehmen, und solche ist aus § 611 auch nur zu folgern. Dafür sprechen direkt bezüglich der Legatare die §§ 440, 441 I 16.

Für den Fall des Fortfalls der Erbeinsetzung durch Destitution bestimmen die §§ 277—280, 362—365, 367 h. t. zum Theil abweichend vom R. R. den Fortbestand der Legate. Davon kann natürlich da nicht die Rede sein, wo die Erbeinsetzung fortfällt, weil sie gegen einen Erbvertrag erfolgt ist, und der Vertragserbe sein Erbrecht gegen den Testamentserben erstreitet. Denn in diesem Falle ist einem Erben das Legat auferlegt, der von Anfang an nicht Erbe sein kann, dessen Erbeinsetzung das Vertragsrecht nicht minder verletzt, wie das ihm auferlegte Legat, wenn es vom Vertragserben zu tragen wäre. Der Fall der §§ 627 ff. h. t. liegt nicht vor, weil das Legat nicht dem Vertragserben auferlegt, StrA. 74 S. 66. Vgl. unt. Nr. 235.

Aufhebung des Legates nicht eintreten können, sobald festgestellt wird, daß der Testator gar nicht in der Lage gewesen sein kann, einen Willen in gesetzlich verbindender Weise zu äußern. In dem vorliegenden Falle ist festgestellt, daß der W. durch Erk. v. 8. Februar 1864 für wahnsinnig erklärt ist, nachdem schon im Juni 1863 seine Geistesstörung ausgebrochen war, daß die Sparkassengelder aber erst am 23. März 1864 seitens der Vormundschaftsbehörde eingezogen sind und daß W. am 31. März 1865 im Wahnsinne verstorben ist.

Die Tilgung ist somit allerdings zwar vor dem Tode des W., indeß doch zu einer Zeit erfolgt, als er durchaus unfähig war, zu testiren, § 9 I 12, überhaupt eine jede Willensäußerung seinerseits vom Gesetze für ungültig erklärt ist, ALR. I 1 § 29; 4 §§ 20, 23.

Daß aber der Vormund und das Vormundschaftsgericht für einen unter ihrer Vormundschaft stehenden Pflegebefohlenen nicht letztwillig disponiren können, bedarf keiner Ausführung; es kann somit auch den durch sie vorgenommenen Handlungen nicht die Bedeutung beigelegt werden, welche das Gesetz an die Handlungen des Erblassers rücksichtlich seines letzten Willens geknüpft hat. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß aus der Einziehung der Sparkassengelder durch die Vormundschaft nicht auf eine Willensänderung des für wahnsinnig erklärten W. geschlossen werden kann, und daher denn die vor dem Eintritte der Geistesstörung in rechtsverbindlicher Form erklärte letztwillige Disposition in Kraft geblieben ist.

Nr. 234a. §§ (34) 563, 564, 565—571, 572—586, 587—592, 593—598, 602—604. Testament und Vermächtniß. Aufhebung. Widerruf. Zurücknahme. Errichtung eines neuen Testaments.*)

Erk. v. 19. Febr. 1869; ObTr. 61 S. 65 (StrA. 73 S. 345).

Die Beklagte war in einem Testamente von 1855 zur Erbin eingesetzt, der Klägerin ein Legat vermacht. In einem Testament von 1860 war die Beklagte wiederum zur Erbin ernannt, aber unter der Bedingung, dass sie bis zum Tode der Testatorin in deren Diensten bleibe, und ihr für ihren früheren Todesfall ihre Schwester substituirt. Sie wurde Erbin, weigerte aber die Zahlung des Legats aus dem früheren Testament, weil es durch das spätere fortgefallen. In 2. u. 3. Instanz ist verurtheilt.

Gründe: Was in dem § 572 I 12 unter einer abgeänderten Erbeinsetzung zu verstehen sei, besagt der § 574. Nachdem in §§ 572, 573 bestimmt worden, daß ein neues Testament, welches die vorige Erbeinsetzung abändere, eine Ungültigkeit des früheren und den Wegfall der darin ausgesetzten Legate erwirke, hält der § 574 die letzteren alsdann aufrecht, wenn der Testator in dem neuen deutlich erklärt hat, daß auch die Erbeseinsetzung des früheren bei Kräften bleiben, also der später eingesetzte Erbe nur zugleich mit dem früher benannten sein Erbe sein solle. Es tritt daher alsdann die unmittelbar vorher einer abgeänderten Erbeseinsetzung gegebene Folge nicht ein. Ein solcher Fall ist der hier vorhandene. Beide Testamente stimmen in ihren Erbeseinsetzungen darin überein, daß in beiden die Verklagte zur direkten

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 564, 565, 640; Dernburg 3 §§ 171—173; Förster (Eccius) 4 § 256 II 2. — Jede letztwillige Verordnung (auch wechself. Test. § 485 II 1 u. StrA. 93 S. 273 das.) ist ihrem Wesen nach frei widerruflich; §§ 564, 34 h. t.; der Ausschluß des Widerrufs ist nur dadurch möglich, daß einem Dritten ein Recht auf den Bestand der Verordnung eingeräumt wird, was nur durch Erbvertrag geschehen kann, § 494 II 1. Der Widerruf kann durch Handlungen (§ 563 h. t.) geschehen, wohin für Vermächtnisse die

Erbin der Erblasserin ernannt ist. Sie weichen darin von einander ab, daß das zweite Testament die Erbeseinsetzung der Verklagten von einer Bedingung abhängig gemacht hat, bei deren Eintreffen die Erbschaft den Intestat-Erben angefallen sein soll, und daß ein Substitut berufen ist, wenn Verklagte den Erbanfall nicht erleben würde. Das neue Testament hat daher die vorige Erbeseinsetzung beibehalten und nur zwei Beschränkungen unterworfen. Dies hat nach § 574 zur Wirkung, daß das erste Testament im Uebrigen und mithin auch in seinen Bestimmungen über Legate bestehen bleibt. Wesentlich ist die verlangte deutliche Erklärung des Testators im neuen Testament, daß die Erbeinsetzung des früheren bei Kräften bleiben solle. Eine solche findet der § 574 schon darin, wenn ein neuer Erbe zugleich mit dem früher benannten zur Erbschaft berufen wird. Im vorliegenden Fall ist nicht einmal ein neuer direkter Erbe ernannt, sondern der Erbeseinsetzung eine Bedingung und eine Substitution hinzugefügt. Die Verklagte ist nur bedingt ausgeschlossen, und schließt den Substituten aus. Die durch das neue Testament für die Intestat-Erben, resp. den Substituten, begründeten Rechte sind nur bedingte oder eventuelle. Um so deutlicher ist hierin der Wille der Erblasserin ausgesprochen, die vorige Erbeseinsetzung nicht aufzuheben, sondern blos zu ergänzen und zu modifiziren. Es bleibt sich gleich, daß sie im neuen Testamente wiederholt berufen, nicht unter Bezugnahme auf das vorige direkt bestätigt ist. Wäre es die Absicht der Erblasserin gewesen, die vorige Erbeseinsetzung, oder das Legat des älteren Testaments außer Kraft zu setzen, so konnte und mußte sie einen ausdrücklichen Widerruf derselben erklären, was im neuen Testamente nicht geschehen ist. Dieser Sinn der §§ 572—574 wird durch die Materialien zum ALR. bestätigt. Das Röm. R. hatte die Regel, daß zwei zu verschiedenen Zeiten errichtete Testamente nicht neben einander bestehen können. Das ältere wurde durch das spätere rumpirt.

In dem Entwurfe zum ALR. ward vorgeschlagen, daß das ältere Testament durch das neue nur insoweit seine Kraft verlieren solle, als es durch dasselbe ausdrücklich abgeändert sei. Suarez äußerte über den Vorschlag:

„Man muß Testamente und Kodicille unterscheiden. Ein späteres Testament enthält allemal seinem Begriffe nach eine neue Erbeseinsetzung. Man kann also sicher annehmen, daß ein späteres Testament das frühere aufhebe, sofern der Testator nicht ausdrücklich erklärt hat, daß auch das frühere Testament bestehen, und also die beiden Erben als Miterben konsiderirt werden sollen. Durch die Aufhebung des früheren Testaments verlieren die darin gemachten Legate ihre Kraft, sofern sie nicht in dem späteren ausdrücklich bestätigt sind. Die in dem früheren Testamente beigefügte clausula codicillaris kann nicht die Wirkung haben, daß diese Legate subsistirten, weil hier eine deutliche mutatio voluntatis vor-

---

unt. Nr. 234 erwähnten Fälle der §§ 315 ff., 410 ff. u. § 596 h. t. zu rechnen, namentlich durch Zurücknahme der Urkunde oder durch Willenserklärung. Durch die Zurücknahme verliert die Urkunde als letztw. V. ihre Bedeutung, § 565 h. t.; sie behält auch nicht etwa die Wirkung einer Privatdisposition im Sinne § 161 h. t., § 566 h. t., und kann nach §§ 47, 48 h. t. solche auch durch bloße Bezugnahme darauf in einem späteren Testamente nicht erlangen, ObTr. 19 S. 171 unt. Nr. 225. Ueber die Bedeutung des § 567 h. t., Uebergabe eines zurückgenommenen Testaments, vgl. ObTr. 19 S. 178; Präj. 2172 u. StrA. 13 S. 83 unt. Nr. 227a. S. 453. In ersterem Falle hatte der des Schreibens unkundige Testator zum ger. Protokoll testirt, das Testament zurückgenommen und ausgehändigt erhalten, acht Tage darauf aber das noch versiegelte Testament einer neuen Deputation übergeben, diese es angenommen, über die Erklärung des Testators eine von ihm unterkreuzte Verhandlung unter Zuziehung von 2 Zeugen aufgenommen. Dies ist für unstatthaft erklärt.

Durch Willenserklärung geschieht der Widerruf entweder, wenn der Widerruf als solcher erklärt wird, §§ 567 ff., wobei die Form der Widerrufserklärung bei Testamenten regelmäßig dieselbe, wie bei der Errichtung, — oder durch Errichtung eines neuen Testaments, das abweichend vom R. R. nicht durch seine Existenz, sondern durch seinen Inhalt, d. h. eben durch die Erklärung des aufhebenden Willens wirkt, wobei das ALR. in den §§ 572 ff. kasuistische Entscheidung trifft. Das mitgetheilte Erk. erläutert die §§ 572, 574 und die Bedeutung der abgeänderten Erbeinsetzung. In StrA. 84 S. 44 hatte A. im Testamente von 1859 den B. zum Erben ernannt, dem C. ein Legat ausgesetzt, in einem vorbehaltenen Kodizill von 1860

handen ist. Soll hingegen ex declaratione testatoris expressa das spätere Testament mit dem früheren zugleich bestehen, so bestehen auch die in letzterem gemachten Legate ꝛc. Was hingegen bloße Kodizille betrifft, so ist es Regel, daß die späteren die früheren nicht aufheben, sondern die in allen verlassenen Legate prästirt werden müssen, sofern nicht eine ausdrückliche Aufhebung per ademtionem auf gedachte Art erfolgt ist." (Mot. zur Gesetz-Rev. Pens. 16 S. 202.)

Die hier geäußerten Ansichten sind adoptirt und liegen den landrechtlichen Vorschriften §§ 572—586 zum Grunde. Suarez betrachtet, wenn ein späteres Testament mit einer neuen Erbeseinsetzung vorhanden ist, den Willen des Erblassers als sicher, sein früheres Testament aufzuheben. Eine Kodizillar-Klausel des letzteren soll die darin ausgesetzten Legate nicht aufrecht halten, weil durch Errichtung des neuen Testaments eine deutliche Aenderung des letzten Willens erfolgt ist. Von der Regel wird eine Ausnahme gemacht, wenn in dem neuen Testamente ausdrücklich erklärt ist, daß auch das frühere Testament bestehen, die Erben beider Testamente als Miterben angesehen werden sollen. Diese Ausnahme ist in den § 574 übergegangen, aber darin insofern erleichtert und erweitert, als hier nicht, wie in der Bemerkung von Suarez, eine ausdrückliche, sondern nur eine deutliche Erklärung des Erblassers verlangt wird. Um die Beschränkung der Regel durch die Ausnahme auszudrücken, hat erstere im § 572 die Fassung erhalten, daß eine abgeänderte Erbeseinsetzung in dem neuen Testamente erforderlich sei. Da die Voraussetzung des Ausnahme-Falles, eine deutliche Erklärung in dem neuen Testamente, daß Verklagte Erbin verbleiben solle, hier wirklich vorhanden ist, bemängelt die Nichtigk.-Beschw. ohne Grund, daß der App.-Richter nicht nach den konkurrirenden Umständen untersucht habe, ob die Aufrechthaltung der vorigen Erbeseinsetzung in der Absicht der Erblasserin gelegen. Die Hinzufügung der Bedingung und der Substitution, im neuen Testament, läßt sich zwar füglich mit dem Ausdrucke einer Abänderung der vorigen Erbeseinsetzung bezeichnen. Sie ist aber keine solche, wie sie der § 574 nothwendig macht, damit das frühere Testament durch Errichtung des neuen seine Gültigkeit verliere. Die in der Nichtigkeits-Beschwerde hervorgehobenen Umstände, daß das frühere Testament in dem zweiten gar nicht erwähnt wird; daß die Erblasserin bei Uebergabe des zweiten Testaments die Siegelung ihres Nachlasses verboten hat, in dem ersteren nicht; daß das Fortbestehen der früheren Legate die Erbschaft nicht nur erschöpfen, sondern sogar überlasten würde, sind auf die Entscheidung ohne Einfluß, wenn angenommen werden muß, daß eine Abänderung der vorigen Erbeseinsetzung in dem Sinne des § 574 nicht stattgefunden hat.

Die Gründe des App.-Richters weichen darin von der obigen Ausführung ab, daß er es nicht für nöthig achtet, speziell auf den § 574 zurückzugehen, und schon

---

das Legat aufgehoben, 1867 das Testament zurückgenommen, einige Tage nachher ein von 1859 datirtes Testament übergeben, in welchem C. dasselbe Legat erhalten. Das Testament war nach der Sachlage dasselbe Testament, welches durch das Kodizill von 1860 abgeändert und zurückgenommen. Der Erbe wollte das Legat als aufgehoben deshalb nicht gelten lassen, ist indessen verurtheilt, weil das 1867 deponirte neue Testament allein entscheidend, das Kodizill von 1860 durch die Zurücknahme des alten und die Errichtung des neuen seine Bedeutung verloren, das Datum des neuen Testaments nicht maßgebend sein konnte, vielmehr seine Uebergabe, mit der der letzte Wille erklärt wurde.

Zu § 586 h. t. ist in StrA. 52 S. 24 angenommen, daß die Fassung des späteren Kodizills bei der Ermittlung des Willens des Testators hinsichtlich der Aufrechterhaltung des in dem früheren Kodizill demselben Legatar ausgesetzten Vermächtnisses entscheidet. Der Klägerin war der Zinsgenuß eines Kapitals von 1000 und später die Summe von 20 vermacht. Sie forderte Beides und trat Beweis dafür an, daß nach Willenserklärungen des Testators vor und nach Errichtung des letzten Kodizills anzunehmen, er habe beide Legate gewollt. Das ObTr. hat mit den Instanzen ausgeführt, daß es nur darauf ankomme, ob aus dem späteren Kodizill die Absicht zu entnehmen, daß das frühere Legat bestehen bleiben soll, da es nicht darauf ankomme, was der Erblasser früher oder später gewollt, sondern was er bei Errichtung des letzten Kodizills beabsichtigt. Dies Letztere ist richtig, damit aber die Ermittlung des wahren Willens, wie er im späteren Kodizill niedergelegt, nicht ausgeschlossen, der Entscheidung deshalb nicht ohne Weiteres zuzustimmen.

daraus, daß Verklagte in beiden Testamenten zur Erbin ernannt worden, folgert, daß die vorige Erbeseinsetzung nicht abgeändert, somit das wesentliche Erforderniß des § 572 nicht vorhanden sei. Sein eigentlicher Entscheidungsgrund ist aber kein anderer und beruht in dem § 572, von dem er eine richtige Anwendung gemacht hat. Ebensowenig, wie gegen die §§ 572—574 l. c. hat er gegen die außerdem als verletzt bezeichneten Vorschriften gefehlt, auf welche es hier nicht ankommt, und mit welchen er sich auch nicht in Widerspruch befindet. Es stimmt mit den Voraussetzungen des § 4 I 12 und § 467 I 9 ALR. überein, daß der App.-Richter die zweite letztwillige Verordnung als ein wirkliches Testament beurtheilt, aus dem die Erbschaft der Verklagten angefallen ist.

Nr. 235. §§ 617 ff., 649 ff. (II 1 §§ 82, 114, 115, 198 ff., 439 ff., 494; 2 §§ 368, 369, 377, 379, 481 ff., 484; AGO. II 1 § 10 Nr. 5; 2 § 17, Anh. § 421.) Erb- (Einsetzungs-, Entsagungs-) Vertrag. Begriff; rechtliche Natur. Folgen daraus. Form.*)

a. Erk. v. 25. Febr. 1861; StrA. 40 S. 297.
b. Erk. v. 14. Jan. 1870; StrA. 77 S. 181.
c. Erk. v. 19. Febr. 1858; StrA. 27 S. 287.

Im Falle a. hatten bei Auseinandersetzung über den väterlichen Nachlass die drei Geschwister M. am 3. Nov. 1836 bezüglich der künftigen Erbschaft ihrer blödsinnigen Schwester K. H. verabredet, dass der Bruder Fr. H. dieser Erbschaft entsage, die eine Hälfte derselben dem Bruder G. J., die andere Hälfte der Klägerin zufallen solle. Durch einen nicht gerichtlichen Vertrag v. 4. Juli 1842 übertrug G. J. dem Fr. H. wiederum sein Recht an der Hälfte des Nachlasses. Nach dem Tode des G. J. und dem späteren Tode der blödsinnigen Schwester nahm die Klägerin den ganzen Nachlass der ersteren in Anspruch, weil Fr. H. entsagt und der Vertrag v. 4. Juli 1842 als Erbvertrag formell ungültig. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. hatten Eheleute einen Erbvertrag abgeschlossen, in welchem die Verkl. nach dem Tode beider zur Erbin eingesetzt, der Klägerin, einer Tochter der Ehefrau aus 1. Ehe, ein Legat ausgesetzt war. Die Klägerin nahm nach dem Erbanfall das Legat an, focht den Erbvertrag demnächst aber wegen formellen Mangels an und machte ihr gesetzliches Erbrecht an dem mütterlichen Nachlass geltend. Der Einwand der Verkl., dass der Anspruch durch Anerkenntniss gemäss §§ 611, 612 h. t. ausgeschlossen, ist in 2. u. 3. Instanz durchgedrungen. — Im Falle c. hatten im Erbvertrage zwei unverheirathete Frauen sich gegenseitig zu Erben mit der Bestimmung eingesetzt, dass der Vertrag fortfalle, wenn eine sich während Lebzeiten der anderen verheirathe, dass aber wenn die Letztlebende heirathe, sie den Intestat- oder Testamentserben der Erstverstorbenen die Hälfte herauszugeben habe. Nach dem Tode der Erstverstorbenen klagte deren Bruder als Intestaterbe gegen die Vertragserbin auf Herausgabe des Nachlasses, weil der Erbvertrag wegen der hinzugefügten Bedingung der Nichtverheirathung ungültig. (§ 10 I 4 ALR.) Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

---

*) Vgl. Windscheid 3 § 529_{2-5}; Dernburg 3 §§ 174 ff.; Förster (Eccius) 4 § 247, 265. — Erbvertrag im technischen Sinne ist nicht jeder Vertrag über eine Erbsch., namentlich nicht der Vertr. über eine angefallene Erbsch., vgl. im Erk. a. u. §§ 445, 446 I 11, sondern, wie im gem. R., StrA. 75 S. 182, der Vertrag betreffend die Erbschaft eines lebenden Dritten, welchen das R. R. regelmäßig nicht zuließ, ebenso wie noch

Gründe: a. Der App.-Richter hat unangefochten angenommen, daß die bei der Erbregulirung über den Nachlaß des Eigenthümers M. zwischen der Mutter und den Geschwistern der blödsinnigen J. K. M. zu Stande gekommene Vereinbarung über den dereinstigen Nachlaß der blödsinnigen Miterbin zu den, nach den Vorschriften der §§ 649—654 I 12 ALR. zu beurtheilenden Erbentsagungs- und Theilungsverträgen zu nehmen sei. Dagegen beschuldigt ihn Implorantin, daß er den § 645 I 12 durch die fernere Annahme verletzt habe, daß bei solcher Art von Erbentsagungsverträgen ein Anwachsungsrecht, wie solches Implorantin nach dem Fortfallen ihres, zufolge jenes Theilungs-Vertrages alleinigen Miterben und Bruders G. J. beanspruche, nicht stattfinde, während doch die Vorschrift des § 645 I 12 den Zuwachs bei Erbverträgen uneingeschränkt gestatte.

Allein dieser Vorwurf erscheint hinfällig. Ueber das Recht des Zuwachses bestimmen die §§ 281, 645 I 12 und den Begriff eines wirklichen Erbvertrages bestimmt der § 617 I 12. Schon der Wortlaut dieses letzteren Gesetzes ergiebt, wie es voraussetzt, die Erbfolge müsse durch den Vertrag begründet werden, d. h. der Vertrag müsse wirklicher Delationsgrund des Erbrechts sein. Von einer solchen eigentlichen Erbfolge unterscheidet das ALR. aber die hier in Rede stehenden Entsagungs- und Theilungsverträge, welche § 649 I 12 des ALR. charakterisirt. Durch solche Verträge wird nicht, wie bei eigentlichen Erbverträgen, ein Erbrecht erst konstituirt, sondern es wird vielmehr vorausgesetzt, daß das den Kontrahenten gesetzlich bereits zustehende Erbrecht auch wirklich ins Leben trete, und es werden dadurch für diesen Fall gewisse Vereinbarungen über die Theilung der Masse resp. Entsagung einzelner Miterben getroffen. Bei solchen Verträgen kann aber von einem Anwachsungsrecht nicht wohl die Rede sein.

Das Anwachsungsrecht bei der Erbfolge aus letztwilligen Verfügungen beruht nämlich und insbesondere nach der Ansicht der Redaktoren des ALR., wie die Materialien ergeben, auf der Präsumtion, daß ein Erblasser den zu Erben Berufenen das ihnen Beschiedene ihnen vorzugsweise vor allen Uebrigen, die etwa vielleicht darauf Anspruch machen könnten, gönne, und daher, so lange noch ein Begünstigter dieser Art vorhanden sei, die erledigte Portion diesem zufallen müsse, wenn der Testator nichts Anderes bestimmt hat. Bei einem Vertrage der Art, wie die hier in Rede stehenden (§ 649), ist aber von einer Verordnung des künftigen Erblassers gar nicht die Rede, und die Verabredung der gesetzlich berufenen Erben beabsichtigt weder, noch ist sie überhaupt geeignet, ein Erbrecht zu begründen. Sie kann daher auch niemals, wenn zur Zeit des Anfalls der Erbschaft die gesetzlich berufenen Erben nicht mehr überall die nämlichen sind, welche den frühern Vertrag geschlossen hatten, den etwa mit berufenen, durch jene Vereinbarung nicht berührten gesetzlichen Erben nicht entgegen stehen und diese auf den Grund des Anwachsungsrechts ausschließen. Konkurrirten aber auch zur Zeit des Erbanfalls wirklich nur die pazisgirt habenden gesetzlichen Erben, und es entstände die Frage, wem eine etwa erledigte

---

jetzt das gem. R., RG. 4 S. 125, l. 30 C. 2, 3; l. 2 § 2 D. 28, 6. Das ALR. scheidet aber in den §§ 617, 649 h. t. deutlich den eigentlichen Erbvertrag, durch den an dem eignen Nachlaß der Kontrahenten oder eines derselben bez. für einen derselben ein Recht auf Beerbung konstituirt wird, Erbeinsetzungsvertrag, § 617, von dem Erbvertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten im weiteren Sinne, §§ 649 ff. Diesen verbietet es nicht, läßt ihn aber als Theilungs- oder Entsagungsvertrag ohne Zuziehung des künftigen Erblassers nur unter den gesetzlichen Miterben (unter denen er einen Erbeinsetzungsvertrag ohne den Erblasser überhaupt nicht bedeuten kann), zwischen diesen und einem Fremden, d. h. Nichterben, aber nur mit Zuziehung des Erblassers oder in gerichtlicher Form zu, wenn der Erblasser dispositionsunfähig. Der Vertrag zwischen Nichterben über eine fremde Erbschaft hat als Erbvertrag keine Bedeutung, ob eine obligatorische Bedeutung überhaupt, ist nur konkret zu beurtheilen. Ebenso ist nur konkret zu beurtheilen, ob der mit Zuziehung des Erblassers geschlossene Erbentsagungsvertrag zwischen Erben und Nichterben nicht zugleich einen Erbeinsetzungsvertrag zwischen dem Erblasser und dem Fremden involvirt. Dieser im Erk. a. u. im ObTr. 57 S. 45, Erk. a. Nr. 230 S. 468 hervorgehobene Unterschied zwischen dem Erbvertr. im engeren und weiteren Sinne ist namentlich von Bedeutung für die Frage nach der Form. Nach §§ 621, 623 h. t. untersteht der Erbvertrag im Sinne § 617 den Form-

Erbportion zufalle, so würde bei Entscheidung derselben doch niemals der § 645 a. a. O. zum Grunde gelegt werden können, da dieser, wie gedacht, nothwendig eine Disposition des Erblassers, um dessen Nachlaß es sich handelt, voraussetzt.

Nicht weniger unbegründet ist aber auch die fernere Beschwerde der Implorantin, bei welcher dieselbe behauptet, der App.-Richter habe, indem er angenommen, der zwischen dem Fr. E. M. und dem G. F. M. geschlossene Vertrag, durch welchen der Letztere dem Fr. E. sein Anrecht auf den künftigen Nachlaß der blödsinnigen H. K. M. abtrat, habe nicht der gerichtlichen Form und Abschließung bedurft, die Vorschriften der §§ 649—654 I 12 in Verbindung mit § 109 I 5 ALR. verletzt.

Der App.-Richter hat ausgeführt, daß die in den §§ 649—654 erwähnten Entsagungs- und Theilungsverträge über eine künftige Erbschaft unter den dazu berufenen Miterben nur dann der gerichtlichen Form und Abschließung bedürften, wenn ein solcher Vertrag zu Gunsten eines Fremden, d. h. einer nicht zu den gesetzlichen präsumtiven Erben des Erblassers gehörigen Person, geschlossen werden solle und zugleich der künftige Erblasser selbst, unter dessen Beitritte eine solche Verabredung zu Gunsten eines Fremden auch gültig geschehen könne, dem Vertrage beizutreten aus dem Grunde nicht vermöge, weil er sich im Zustande einer Unfähigkeit, verbindliche Willenserklärungen abzugeben, befinde.

Diese Ansicht ist aber auch richtig und wird ohne Grund von der Implorantin angefochten, wie dies der Sinn und Zusammenhang der betreffenden Gesetze klar ergiebt. Aus den §§ 649, 650 ergiebt sich zunächst, daß 1. die zu einer künftigen Erbschaft gesetzlich berufenen Erben einen solchen Theilungs- resp. Entsagungs-Kontrakt unter sich gültig, d. h. mit verbindlicher Kraft für die Kontrahenten schließen können, dergestalt, daß wenn ihr Erbrecht wirklich ins Leben tritt, bei der Nachlaßtheilung der Vertrag die maßgebende Norm bildet, 2. daß es zur Gültigkeit eines solchen Vertrages, wie aus dem Gegensatz im § 650 hervorgeht, eines Beitritts des künftigen Erblassers nicht bedarf, wie denn dieser auch durch solchen Vertrag in seiner Befugniß, über seinen Nachlaß zu verfügen, in keiner Art beschränkt wird, 3. daß es dagegen eines ausdrücklichen Beitritts des Erblassers in dem Falle bedarf, wo zu Gunsten eines Fremden durch solche Verträge verfügt werden soll. Diesen Fall bestimmen die §§ 651, 652 noch näher, woraus hervorgeht, daß auch die kontrahirenden und entsagenden gesetzlichen Erben unter sich durchaus daran gebunden sind und sich nicht auf eine nach dem Tode des Erblassers sich etwa vorfindende letztwillige Disposition zu ihren Gunsten unter dem Vorwande berufen dürfen, daß sie nur ihrem gesetzlichen Erbrechte entsagt hätten.

Daran schließen sich denn die, die Formen solcher Verträge betreffenden Vorschriften der §§ 653, 654. Hieraus geht klar hervor, daß die gerichtliche Aufnehmung und Abschließung nur in dem im § 654 bemerkten Falle nothwendig sein solle, woraus also zugleich folgt, daß in allen übrigen Fällen nur die gewöhnliche Vertragsform erfordert wird. Dies war aber dennoch durch folgenden Umstand zweifelhaft geworden.

---

vorschriften für Testamente in jeder Beziehung; er muß gerichtlich errichtet oder übergeben, aufbewahrt und eröffnet werden, Präj. 1439 (Pr. S. I S. 75), die §§ 139, 72, 82, 83 h. t. sind zu beachten, Vertretung des Erblassers unzuläſſig, Protokollführer zuzuziehen. StrA. 84 S. 146, wo die Klägerin ihr Erbrecht an $^1/_6$ des Nachlasses ihres natürlichen Vaters, der mit Hinterlassung einer Wittwe gestorben, aus einem zwischen ihrer Mutter und dem Vater ohne Zuziehung eines Protokollführers aufgenommenen gerichtl. Vertrage herleitete, in welchem ihr das Erbrecht für den Fall stipulirt, daß der Vater ohne ehel. Kinder sterbe. Der Mangel wurde hier auch dadurch nicht geheilt, daß in einem spätern gerichtl. Vertrage zwischen dem natürlichen Vater, der Mutter und deren Vater der letztere dem in dem frühern Vertrage geschlossenen Vergleiche beigetreten war. Vgl. StrA. 38 S. 254 bei II 1 §§ 439 ff.

Bei dem Erbvertrage im weitern Sinne, dem Erbtheilungs-, Erbentsagungsvertrage, dagegen fordert das ALR. nach den §§ 649 ff. h. t. keine besondere Form, jedenfalls nicht die Testamentsform, die gerichtliche Form nur in § 654 h. t. Das hängt damit zusammen, daß der Erbvertr. in diesem Sinne ein rein obligatorischer Vertrag mit besondrem Objekt, keine letztwillige Verfügung, obwohl § 651 h. t. auch für den künftigen Erblasser selbst daraus eine

In dem § 653 ist nämlich hinter den Worten: „Wenn der, über dessen künftige Erbschaft ein solcher Vertrag geschlossen wird," der § 649 in der älteren Ausgabe des ALR. allegirt, welcher, wie erwähnt, den Fall betrifft, wo die nächsten präsumtiven gesetzlichen Erben unter sich über Theilung und Entsagung einer künftigen Erbschaft Vereinbarung getroffen haben. Daraus hatte man die Folgerung herleiten wollen, daß auch bei solchen Verträgen, in allen Fällen, wo der künftige Erblasser unfähig sei, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben, die gerichtliche Form nothwendig eintreten müsse, und namentlich stützt auch Implorantin hierauf ihren Angriff gegen die entgegengesetzte Ansicht des App.-Richters. Allein der Zusammenhang des § 654 mit den vorhergehenden §§ 650—653 ergiebt klar, daß dabei nur der Fall gemeint sein kann, wo zu Gunsten eines Fremden verfügt werden soll und also nach § 650 der Beitritt des Erblassers zur Gültigkeit des Vertrages nothwendig ist, der § 649 daher blos aus Irrthum statt des § 650 allegirt worden ist, da § 649 ja gerade nur von einem Falle spricht, wo der Beitritt des Erblassers vom Gesetz weder angeordnet noch vorausgesetzt ist. Koch, in seinem Kommentar zum ALR. Ausgabe II Note 21 zum 12. Tit. Abschn. 2 S. 164 vertheidigt zwar die Richtigkeit des Allegats und führt als Grund an, der Fremde könne durch die gerichtliche Form allein unmöglich Erbfolgerechte erlangen; allein dabei übersieht er zunächst, daß in dem Falle der §§ 652—654, auch wenn der Vertrag gerichtlich aufgenommen worden, immer nur Intestaterbfolge in dem Nachlaß des Erblassers eintreten kann, da es an einer letztwilligen Verfügung des Letzteren fehlt und der Fremde nur seine durch den Kontrakt erworbene Befugnisse gegen die Erben verfolgen kann; auch setzt Koch, ganz gegen den Wortlaut und Sinn der §§ 649, 650, dabei voraus, daß der § 649 ebenfalls eine Zustimmung des Erblassers erfordere.

Es ist denn auch die Richtigkeit des Druckfehlers in dem JMReskr. v. 29. Dez. 1837 (Kamptz, Jahrb. Bd. 50 S. 469) anerkannt, und in der neuesten Ausgabe des ALR. der § 650 als Allegat im § 653 aufgestellt.

Auch ist bereits in ObTr. 20 S. 143 ff. der Grundsatz angenommen, daß dergleichen Entsagungs- und Theilungsverträge der Regel nach der gerichtlichen Form nicht bedürften, und wenn Implorantin aus der Fassung eines passus in den Entscheidungsgründen dieses Judikats entnehmen will, das ObTr. habe den § 649 auch auf die §§ 653, 654 beziehen wollen, so erscheint das unerheblich, da einmal dies in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich ausgesprochen, anderntheils aber die Frage, ob die Vorschrift des § 653 auf den Fall des § 649 zu beziehen sein möchte, gar nicht Gegenstand der damaligen Erörterung geworden war.

Nun behauptet zwar Implorantin noch, daß der App.-Richter, wenn auch seine Ansicht, daß der Kontrakt v. 4. Juli 1842 an sich nur der schriftlichen Form bedurft, nach § 649 I 12 als richtig erachtet werden müßte, dennoch von einem andern Gesichtspunkte aus sich einer Verletzung von Rechtsgrundsätzen und namentlich der Verletzung der §§ 650—654 a. a. O. und § 109 I 5 ALR. durch Nichtanwendung schuldig gemacht, auch die rechtlichen Wirkungen einer gültig geschehenen Erbschafts-

---

Gebundenheit herleitet. So Erk. a. Nr. 230 u. Erk. a. oben und die konstante Praxis in ObTr. 20 S. 143, wo zwischen Mann und Frau in stehender Ehe ein gerichtl. Vertrag geschlossen, in welchem u. A. stipulirt, daß beide gegenseitig auf das Erbrecht an ihren künftigen Nachlaß verzichteten, die Ehefrau während ihres Lebens vom Manne und nach dessen Tode von dessen Erben eine Rente erhalten sollte. Zweifellos war hier, daß der Vertrag gültig, wenn er auch zwischen dem Erblasser selbst und den Erben geschlossen war, obwohl das ALR. dieses Falls nicht besonders erwähnt. Vgl. § 116 I 17; §§ 438, 439, 418 II 1; §§ 482 ff. II 2. Aber die Frau focht nach dem Tode des Mannes dessen Erben gegenüber, welche die Verpflichtung zur Zahlung der Rente anerkannten, den Vertrag an, weil er für den Mann durch einen Bevollmächtigten geschlossen und nicht deponirt war. Dies ist verworfen, weil kein Erbeinsetzungsvertrag vorlag, § 86 I 5 deshalb anwendbar. Ebenso ObTr. 63 S. 131 für die Entsagungsverträge zwischen Eltern und Kindern, für welche § 484 II 2 aber die gerichtliche Form (nicht Testamentsform) in dem dort bezeichneten Falle fordert, vgl. zu §§ 481 ff. II 2, während für die einseitige letztwillige Ausschließung vom Pflichttheil nach § 379 II 2 die Testamentsform erforderlich. Besondre Vorschriften für die Form der Entsagungsverträge unter Braut- und Eheleuten in Ehe- und Erbverträgen er-

entsagung verkannt und wider die §§ 367, 406, 411 I 9 ALR. verstoßen habe. Sie führt nämlich aus, daß, da Fr. E. M. in dem Erbvergleiche v. 3 Nov. 1836 der künftigen Erbschaft seiner Schwester entsagt gehabt, er nicht mehr als ein vom Gesetz berufener Erbe, sondern mit Rücksicht auf die gesetzlichen Wirkungen der Erbschaftsentsagung, §§ 367, 406 I 9, als ein Fremder der Erblasserin und deren Nachlasse gegenüber dastehe. Demgemäß hätten aber nach des App.-Richters eigener Ausführung die §§ 650, 654 Anwendung finden, folglich auch der Vertrag v. 4. Juli 1842 nothwendig gerichtlich geschlossen werden müssen.

Allein auch diese Beschwerde ist hinfällig. Die §§ 367, 406, 411 I 9 passen zunächst gar nicht auf den vorliegenden Fall. Sie setzen eine bereits angefallene Erbschaft voraus, welcher der berufene Erbe entsagt hat. Davon ist hier nicht die Rede; der Fr. E. M. hatte nur seinen beiden Geschwistern, der Klägerin und dem G. J. M. gegenüber sich verpflichtet, diesen den künftigen Nachlaß der blödsinnigen Schwester allein überlassen und sich seines Antheils begeben zu wollen.

Das war aber keine absolut wirkende Erbschaftsentsagung, sondern nur eine, seinen Geschwistern gegenüber, ihn bindende vertragsmäßige Verpflichtung, die aber gar nicht gehindert haben würde, wenn zur Zeit des Erbanfalles sämmtliche kontrahirt habenden Geschwister fortgefallen wären, sein gesetzliches Erbrecht noch geltend zu machen. Die behauptete Verletzung der oben allegirten Gesetze ergiebt sich daher als unbegründet. Daraus folgt aber einestheils, daß der Fr. E. noch immer als ein gesetzlich zum Nachlasse seiner blödsinnigen Schwester mitberufener Erbe zu betrachten war, anderntheils stand aber nichts entgegen, daß sein Bruder G. J., zu Gunsten dessen die Erbschaftsentsagung verabredet worden war, durch einen späteren Vertrag diese Verpflichtung wieder aufhob, und die ihm nach dem Theilungsvertrage v. 3 Nov. 1836 zustehenden Anrechte bei der künftigen Vertheilung des Nachlasses der J. K. seinem Bruder an seine Stelle übertrug, wie es hier geschehen ist.

Hiernach erledigt sich auch dieser letzte Vorwurf, den Implorantin dem App.-Richter macht. Es mußte demgemäß die Nichtigkeitsbeschwerde überall verworfen werden, wodurch jedoch in keiner Art für die Frage, wie die streitige Hälfte des Nachlasses der J. K. M. zu theilen, ein Präjudiz entsteht, sondern nur der Antrag der Implorantin, ihr die ganze Hälfte zuzusprechen, erledigt wird.

Gründe: b. Der App.-Richter erachtet, in Uebereinstimmung mit dem Richter erster Instanz, den hier vorliegenden Erbvertrag der G.'schen Eheleute für ungültig, weil bei Abschließung desselben die schreibensunkundige Ehefrau, außer den beiden zugezogenen Zeugen ihrer Handzeichen, auch noch eines Beistandes in Bezug auf das

---

geben sich aus den §§ 82, 114, 190, 198, 199, 200, 439 ff. II 1; AGO. II 1 § 10 Nr. 5; 2 § 17, Anh. § 421. Vgl. dort die Rechtsprechung darüber u. Erk. b. Nr. 235a.

Während der Erbentsagungsvertrag ein reiner Vertrag mit besondrem Objekt, ist der eigentliche Erb-, Erbeinsetzungsvertrag, wie die Erk. b., c. darlegen, im Sinne des ALR. kein Vertrag, sondern eine letztwillige Verordnung mit dem charakteristischen Merkmal, daß die letztwillige Verordnung zugleich eine obligatorische Seite insofern hat, als sie nicht geändert werden kann, der zur Zeit erklärte letzte Wille, abweichend vom Testament, definitiv der zur Zeit des Todes erklärte letzte Wille bleibt. Diese obligatorische Seite, die Gebundenheit des zeitigen als des letzten Willens, die Verbindung der rechtl. Natur des Vertrages mit dem Wesen der letztwilligen Verordnung, RG. 10 S. 250; ObTr. 37 S. 187 (StrA. 27 S. 92) zu II 1 §§ 439 ff.) ist nach § 635 h. t. so wesentlich, daß der Erbvertr. ohne dies als solcher nicht gilt, sondern als Testament. Vertrag wird der Erbvertr. dadurch nicht, weil er trotz dieser obligatorischen Seite kein Vertragsrecht, keinen Titel zum Erwerb unter Lebenden giebt, den Willen des Lebenden nicht in Bezug auf ein bestimmtes Vermögensobjekt bindet, nicht seine Erben verpflichtet, sondern den Erbanspruch für den Kontrahenten schafft, StrA. 2 S. 307; 56 S. 283, 290, 291, und zwar so, daß er ihm nicht mehr durch letztwillige Verfügung entzogen werden kann. Darum verliert der Vertrag seine Natur als Erbvertr. nicht, wenn

Materielle des mit ihrem Ehemann eingegangenen Vertrages, nach den §§ 198, 200 II 1 ALR. bedurft habe, und dieser ihr nicht bestellt worden sei. Dennoch hält er die erhobene Klage, durch welche Klägerin, als das einzige Kind der vor ihrem zweiten Ehemanne, dem Adoptiv-Vater der Verklagten, verstorbenen H. G. aus deren früherer Ehe ihr gesetzliches Erbrecht am mütterlichen Nachlasse geltend macht, für nicht gerechtfertigt, weil er annimmt, daß der auf § 612 I 12 ALR. gegründete Einwand der Verklagten gerechtfertigt sei, indem die Klägerin das ihr im Erbvertrage ausgesetzte Erbtheil oder Legat von 1200 Rthlrn. ohne Vorbehalt angenommen habe, und sie wegen des hierin liegenden Anerkenntnisses des Erbvertrages dessen Gültigkeit hinterher anzufechten nicht befugt sei. Hierin war der Richter erster Instanz anderer Meinung, weil die von der Anerkennung letztwilliger Verordnungen handelnden §§ 611, 612 in dem ersten Abschn. des Tit. 12 stehen, der nur von letztwilligen Verordnungen rede, zu diesen aber Erbverträge nicht gehörten, und es deshalb einer ähnlichen Bestimmung in dem von Erbverträgen sprechenden zweiten Abschn. dieses Titels bedurft haben würde, wenn jene §§ 611 ff. auch auf Erbverträge sollten Anwendung finden dürfen. Diese Ausführung des ersten Richters ist nicht für zutreffend zu achten, insofern er Erbverträge überhaupt nicht zu den letztwilligen Verordnungen rechnen will. Der Erbvertrag ist ein aus zwei Elementen zusammengesetztes Rechtsgeschäft, indem er zwar ein Vertrag ist, durch welchen aber über den künftigen Nachlaß eines noch lebenden Menschen verfügt, also eine Disposition von Todeswegen getroffen wird, wie bei andern letztwilligen Verordnungen. Diese gemischte Natur des Rechtsgeschäfts bringt es mit sich, daß dasselbe nicht nach den Vorschriften des einen seiner Elemente allein beurtheilt werden kann. Der zweite Abschn. im Tit. 12 beginnt gleich mit den Worten des § 617: Auch durch Erbverträge kann ein Kontrahent dem andern, oder Beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen, drückt also hiermit beide Naturen des Geschäfts aus, und dies wiederholt sich in den folgenden §§ 618, 619, welche bestimmen: Wer Erbverträge schließen will, muß mit den Eigenschaften versehen sein, welche sowohl zur Errichtung eines Testaments, als zur Abschließung eines Vertrages erforderlich sind. Ermangeln dem Versprechenden die zum gültigen Kontrahiren erforderlichen Eigenschaften, so gilt der Erbvertrag auch nicht als eine einseitige letztwillige Verordnung, wenngleich zu dieser letzteren der Kontrahent an sich nach den Gesetzen fähig wäre.

Durch den ganzen zweiten Abschn. ziehen sich dann die einzelnen Vorschriften hindurch, in denen sich theils die Verschiedenheit, theils die Uebereinstimmung von Erbvertrag und von Testament darstellt, und es ist auch nicht richtig, wenn das erste Erkenntniß sich noch besonders auf § 627 das. in dem Sinne beruft, daß darin der Erbvertrag dem Testament sogar ausdrücklich entgegengesetzt sei, da doch diese Gesetzstelle nur sagt: Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erb-

---

vertragsmäßig der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge stipulirt, des Rechts der Beschränkung auf den Pflichttheil entsagt wird, weil dadurch jedenfalls die Befugniß der abweichenden Bestimmung durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen. StrA. 56 S. 283; StrA. 38 S. 254 (zu II 1 §§ 439 ff.); StrA. 75 S. 182 (gem. R. pacta conservatoria). Der Vertrag verliert seine Natur als Erbvertrag auch dadurch nicht, daß der letzte Wille nicht ganz, sondern nur theilweise gebunden wird, § 629 h. t. (Singularerbvertr., ebenso für gem. R. StrA. 43 S. 362, 363).

Aus dem Wesen des Erbvertr. als letztwillige Verordnung folgt, daß der das Erbrecht einräumende Kontrahent aktiv testamentsfähig sein muß, § 618, nicht durch Vertreter paktiren kann, daß der Vertrag den gesammten Inhalt einer solchen haben kann, Erbeinsetzung, Einsetzung von Vor- und Nacherben, § 632 h. t., StrA. 60 S. 20, 59, 60, Legat und andere Zuwendungen zum Vortheil Dritter, § 646 h. t., vgl. Nr. 235a., Testamentsexekution, daß der Inhalt nach den Bestimmungen über die letztw. Verordnungen in Testamentsform zu beurtheilen ist. Deshalb rechtfertigt sich Erk. c. über die Behandlung unzulässiger Bedingungen nach § 63 h. t., nicht § 10 I 4; ebenso hatte das ObTr. bei Entscheidung desselben Falls (eine unerlaubte Bedingung lag übrigens nicht vor, vgl. unt. Nr. 51, Bd. 1 S. 195), in StrA. 26 S. 13 erkannt und der Grundsatz ist wiederholt in ObTr. 53 S. 67, wo es sich

vertrages nicht statt. Hiermit ist nur ausgedrückt, was sich eigentlich von selbst versteht, wenn der Erbvertrag nicht aufhören soll, ein Vertrag zu sein, nämlich, daß er nicht durch eine seinem Inhalt widersprechende einseitige anderweite Verordnung abgeändert werden darf. Dies wiederholt sich auch in den §§ 634 ff., die vom Widerruf eines Erbvertrags handeln und zunächst einen einseitigen Widerruf nur ebenso, wie den Widerruf eines unter Lebendigen geschlossenen Vertrages gestatten, wenn nicht, wovon die späteren Paragraphen handeln, in dem Erbvertrage selbst das Widerrufsrecht dem einen oder beiden Kontrahenten vorbehalten worden ist, in welchem letzten Falle dann aber auch der Erbvertrag nur als ein Testament angesehen werden soll. Aus dem Grunde also, „daß Erbverträge nicht als letztwillige Verordnungen angesehen werden dürften", läßt sich die Anwendbarkeit der §§ 611, 612 I 12 auf Erbverträge nicht bestreiten. Auf der andern Seite geht aber auch der Richter zweiter Instanz in demjenigen, was er zur Rechtfertigung dieser Anwendbarkeit im vorliegenden Falle sagt, zu weit, wenn er namentlich aus der Vorschrift des § 646 I 12 ALR. die Folgerung ableitet: daß Alles, was von einseitigen letztwilligen Verordnungen gilt, auch bei Erbverträgen Anwendung finden müsse, weil diese nur als letztwillige Verfügungen anzusehen seien, und daß es deshalb einer Wiederholung der §§ 611, 612 im Abschn. der Bestimmungen über Erbverträge nicht bedurft habe. Eine solche vollständige Gleichstellung beider Rechtsgeschäfte bleibt bedenklich, da in ihrem Wesen Verschiedenheiten sich vorfinden, und der vom App.-Richter beliebte Zusatz: „soweit sie (die Erbverträge) nur als letztwillige Verfügungen anzusehen sind", soll auch wohl die Allgemeinheit des ausgesprochenen Satzes wieder einschränken.

Revident hat zur Widerlegung desselben auf die Entstehungsgeschichte des § 646 hingewiesen, wie dieselbe in Bornemann's Preuß. Civilr. Bd. 6 S. 148 mitgetheilt worden ist, und daraus ergiebt sich, daß die Veranlassung zur Aufstellung dieses § 646 allerdings nur in einem Spezialfalle gelegen hat, in welchem es darauf ankam, den in den §§ 75—77 I 5 ALR. enthaltenen Grundsatz auch auf Erbverträge für anwendbar zu erklären. Indessen hat der § 646 nun doch eine so allgemein lautende Fassung erhalten, daß man, ohne die Ansicht des Richters zweiter Instanz in ihrem ganzen Umfange als richtig anzuerkennen, in die Lage kommt, in jedem einzelnen Falle prüfen zu müssen, ob eine Abweichung von dem im § 646 ausgedrückten Grundsatze sich rechtfertigen lasse, und diese Prüfung fällt nicht zu Gunsten der Revidentin aus. Die §§ 611, 612 I 12 des ALR. lauten: § 611. Der Erbe und Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht wieder anfechten. § 612. Einem ausdrücklichen Anerkenntnisse ist es gleich zu achten, wenn der Erbe Vermächtnisse aus dem Testament ohne Vorbehalt bezahlt, oder wenn der Legatarius ein solches Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat. Da nur von dem in den Schlußworten des § 612 gedachten Falle hier die Rede sein kann, so ist die Bestimmung dieses Schlußsatzes,

---

um einen Erbvertr. zwischen Eheleuten handelte. Vgl. diesen Fall bei II 1 §§ 439 ff. Darauf beruht ferner die Bestimmung des § 647 über die Beseitigung des Rechts aus dem Vertrage durch Erbunwürdigkeit, superventio liberorum, und die im Erk. d. ausgeführte Anwendbarkeit der §§ 611, 612 h. t. über die Beseitigung der Mängel des Erbvertr. durch Anerkenntniß, ein Satz, der auch in StrA. 99 S. 28 ausgesprochen. Pflichttheilsverletzung durch Erbvertrag begründet wie beim Testament, da der Erbvertrag die Form des Testaments hat, §§ 379, 431 II 2, den Anspruch auf den Pflichttheil, nicht die Intestaterbfolge, StrA. 63 S. 35. (Vgl. RG. 11 S. 215 für gem. R., daß die Erfordernisse des formalen Notherbenrechts auf Erbvertr. nicht anwendbar.)

Die einseitige, willkürliche Widerruflichkeit, welche den Testamenten begriffsmäßig innewohnt, ist beim Erbvertr. ebenso begriffsmäßig ausgeschlossen, wo sie vorbehalten, nach §§ 635, 636 u. 587 ff. h. t. nur in Testamentsform zulässig. Dies gilt nach RG. 10 S. 250 konsequent auch da, wo der Widerruf bei wechselseitigem oder einseitigem Erbvertr. nur einseitig vorbehalten, ein Fall, für den ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen. In dem entschiedenen Falle hatten A. u. B. einen Erbvertrag geschlossen, durch den A. den B. zum Erben eingesetzt, B. sich verpflichtet, den A. lebenslänglich zu verpflegen, wobei A. sich den Widerruf vorbehalten, falls B. seine Verpflichtung nicht erfülle. Nach dem Tode des A. exzipirte der

der die Annahme eines Legats seitens des Legatars als Anerkennung der Gültigkeit des Testaments bezeichnet, in Erwägung zu ziehen. Diese führt aber unvermeidlich dahin, daß in dem § 612 eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes enthalten ist, daß Handlungen, aus denen die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, für stillschweigende Willensäußerungen angesehen werden, und daß stillschweigende Willenserklärungen mit ausdrücklichen gleiche Kraft haben, wenn nicht die Gesetze eine ausdrückliche Erklärung zur Gültigkeit des Geschäfts fordern, ALR. I 4 §§ 58—60. Könnte daher aus der Annahme eines Legats an und für sich die Anerkennung des das Legat aussetzenden Testaments noch nicht gefolgert werden, so hat das Gesetz doch zur Beseitigung des möglichen Zweifels bestimmt, daß dieser Handlung eine solche Wirkung beigelegt werden solle. Und der Anwendung dieser für Testamente gegebenen Vorschrift auf Erbverträge steht die Vertragsnatur des Erbvertrages (die eine Seite dieses Rechtsgeschäfts) nicht entgegen, weil auch für Verträge der § 81 I 5 des ALR. festsetzt: daß Handlungen, welche die Annahme des Versprechens des einen Theiles seitens des Andern voraussetzen, einer ausdrücklichen Annahme gleich geachtet werden, womit die Kraft stillschweigender Willenserklärungen bei Verträgen anerkannt ist. Noch näher tritt die Bestimmung im § 189 I 5 mit den Worten: Solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages und zugleich eine wiederholte Genehmigung des ganzen Inhalts deutlich erhellt, begründen ein stillschweigendes Anerkenntniß. Die Anwendbarkeit des § 612 a. a. O. auf den vorliegenden Fall ist daher vom App.-Richter mit Recht angenommen worden.

Gründe: c. Die Beschwerde des Imploranten stützt sich auf die Behauptung, daß der App.-Richter mit Unrecht die Vorschrift des § 63 I 12 ALR., die nur von letztwilligen Verordnungen spreche, auf Erbverträge, die zu solchen nicht zu rechnen, für anwendbar erachte, während er der Entscheidung die Vorschrift des § 227 I 5 ALR. hätte zum Grunde legen müssen, zufolge welcher Verträge durch die Hinzufügung unerlaubter Bedingungen entkräftet werden. Dieser Vorwurf erscheint nicht gerechtfertigt. Implorant bezieht sich zwar zur Unterstützung desselben auf die Ansichten namhafter Rechtslehrer, welche ausgeführt haben, daß Erbverträge nach Gem. R. als Verträge unter Lebenden zu beurtheilen wären; allein es handelt sich hier nicht um Grundsätze des Gem. Deutschen R., sondern es fragt sich blos, welche Vorschriften das ALR. darüber enthält, und bei Auslegung und Beurtheilung dieser kann umsoweniger auf etwa abweichende Prinzipien des Gem. R. entscheidende Rücksicht genommen werden, als weder nach dem Röm. R., noch nach dem Deutschen R., die Frage, ob Erbverträge überhaupt und inwieweit als letztwillige Verordnungen anzusehen und nach den Regeln von Testamenten zu beurtheilen seien, sich füglich entscheiden ließ, indem das Röm. R. die Erbverträge überhaupt nicht als gültige Rechts-

---

auf Anerkennung des Erbrechts aus dem Vertrage belangte Nachlaßpfleger, daß B. nicht erfüllt und A. deshalb wiederholt mündlich widerrufen habe. Das RG. hat verurtheilt, weil nach der rechtl. Natur des Erbvertr. als letztw. Verordnung auch der einseitige und bedingte Widerruf nicht anders zu behandeln, als der Widerruf in §§ 635, 636 h. t. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß das Recht zum Widerruf des nicht erfüllten Vertrags, als Widerrufsrecht des Vertrags wie andere vertragsmäßige Rechte auf den Erben übergehe. Denn bis zum formellen Widerruf besteht der Erbvertrag als letzter Wille und so wenig das Recht des willkürlichen Widerrufs auf die Erben übergeht, so wenig kann dies für die Ausübung des Widerrufsrechts wegen Verletzung des Vertrages angenommen werden, wenn nicht § 607 h. t. vorliegt, oder das Widerrufsrecht etwa bereits klagend gelten gemacht ist, in welchem Falle die Klage den Intestat- oder Testamentserben vererbt. Daß der Widerruf auch durch Errichtung eines Testaments, §§ 572 ff. h. t., erfolgen kann, wenn die Voraussetzungen des § 634 h. t. vorliegen, wird angenommen werden müssen; natürlich muß derjenige, welcher aus dem Testamente gegen den Vertragserben Rechte herleitet, den Nachweis führen, daß das Widerrufsrecht aus § 634 h. t. begründet. Jedenfalls ist solch Testament, welches das Recht des Vertragserben verletzt, nicht nichtig; es kann nicht blos durch Anerkenntniß, §§ 611, 612 h. t., sondern auch dadurch rechtswirksam werden, daß der Vertragserbe vor dem Erbanfall fortfällt oder nachher entsagt. (So RG. 4 S. 172 für gem. R.)

geschäfte anerkannte, dem eigentlichen Deutschen R. aber wieder Testamente unbekannt waren, und dergleichen einseitige letztwillige Dispositionen erst mit der Einführung des Röm. R. in Deutschland in Gebrauch kamen.

Nun haben zwar auch namhafte Preuß. Schriftsteller und Praktiker, namentlich Bornemann und Koch, die Ansicht aufgestellt, daß nach den ALR. gleichfalls Erbverträge in Beziehung auf beigefügte Bedingungen nach den Regeln von Verträgen unter Lebenden beurtheilt werden müßten. Allein abgesehen davon, daß der erstere Schriftsteller in seinen Ansichten geschwankt hat, und die Frage für sehr zweifelhaft hält, der letztere aber seine Meinung nur auf die gar nicht näher motivirte Behauptung stützt, daß die Erbverträge nur in Beziehung auf die Aufhebung, nicht aber in Beziehung auf die Entstehung den Testamenten gleichständen, so werden diese Ansichten auch durch die nicht gehörig beachteten und in Beziehung auf die streitige Frage wesentlichen Bestimmungen des ALR. klar widerlegt. Das ALR. stellt nämlich im § 1 I 12, von den Grundsätzen des ursprünglichen Deutschen Rechts abweichend, den Grundsatz an die Spitze: Ueber Alles, was der freien Veräußerung eines Menschen unterworfen ist, kann derselbe auch auf den Todesfall nach Gutbefinden verfügen. § 2 setzt hinzu: Dergleichen Verfügungen können sowohl durch einseitige Willenserklärungen, als durch Verträge getroffen werden. Demgemäß wird denn auch im ferneren Verfolg des 12. Titels dessen erster Abschnitt den Testamenten und Kodizillen als einseitigen Willenserklärungen, der zweite Abschnitt aber den Erbverträgen gewidmet.

Hieraus ergiebt sich deutlich, daß das ALR. ausdrücklich zwei Arten von Verordnungen von Todeswegen unterscheidet, nämlich einseitige und Erbverträge, letztere also ganz eigentlich zu den letztwilligen Dispositionen zählt, wie dies auch der Titel 4 II AGO. bestätigt, welcher die Ueberschrift führt: Von dem Verfahren bei Aufnehmung der Testamente und anderer letztwilliger Verordnungen, und in dessen § 15, nachdem vorher von Testamenten gehandelt worden, das Nöthige wegen Aufnehmung von Erbverträgen festgesetzt wird.

Wenn nun aber nach diesen Vorausschickungen der § 63 I 12 ganz unbeschränkt bestimmt: Was nach den Gesetzen einer Willenserklärung als gültige Bedingung nicht beigefügt werden darf, das wird, wenn es in letztwilligen Verordnungen einem Erben oder Legatar gleichwohl auferlegt worden, für nicht beigefügt angesehen, — so ist in der That schwer abzusehen, wie man, ohne dem Sinne und Zusammenhange der betreffenden gesetzlichen Vorschriften Zwang anzuthun, diese Bestimmung nicht auf alle Arten letztwilliger Verordnungen beziehen, und die Erbverträge davon ausschließen will. Implorant nimmt zwar nicht Anstand, die Behauptung aufzustellen, daß, wenn das ALR. in einzelnen Gesetzen des Ausdrucks „einseitige letztwillige Verordnung“ sich bediene, dies ein bloßer im ALR. nicht ungewöhnlicher Pleonasmus sei. Diese Behauptung findet jedoch ihre vollständige

---

Aus der vertragsmäßigen Natur des Erbvertr. folgert § 618 h. t. die Nothwendigkeit der Vertragsfähigkeit der Kontrahenten neben der Testamentsfähigkeit. Bevormundete und nicht bevormundete Minderjährige können deshalb eigentliche Erbverträge, abgesehn von den in §§ 776 ff. II 18 erwähnten Verträgen über die Erbfolge in Eheverträgen, nicht gültig schließen, wohl aber mit Zuziehung ihrer Vertreter Erbtheilungs- und Entsagungsverträge. Vgl. § 42 Nr. 14 VO. Vgl. § 484 II 2 und für die Erbvertr. unter Eheleuten zu II 1 §§ 439 ff. über die Bedeutung der §§ 190, 199, 200, 442 II 1. Für die Form der eigentl. Erbverträge hat das gem. R. aus der Vertragsnatur die Formlosigkeit wie bei andren Verträgen deduzirt, RG. 8 S. 131; StrA. 35 S. 25; 60 S. 20, 55; 69 S. 61; 75 S. 182, 189. Das LR. fordert, wie bereits erwähnt, für den eigentlichen Erbvertrag die Testamentsform, gerichtl. Abschluß oder Uebergabe (in § 441 II 1 ist selbst letztere bei Erbvertr. unt. Ehel. nicht genügend). Vgl. ObTr. 15 S. 180 unt. Nr. 227a., Bd. 2 S. 448, 449. Mangel der Form zieht den Fortfall des Vertrages und den Eintritt der testamentar. oder Intestaterbfolge nach sich.

Ueber die Anfechtung eines Erbvertr. wegen Blödsinns des Kontrahenten vgl. ObTr. 58 S. 158 (StrA. 67 S. 91) Nr. 55, Bd. 1 S. 211.

Mit der Vertragsseite im Erbvertr. hängen zusammen die §§ 637, 640 h. t. über die Wirkung des einseitigen Widerrufs auf den Vertragsbestand.

Widerlegung in der Fassung der oben mitgetheilten §§ 1, 2 I 12, sowie in der Vorschrift der §§ 619, 646 a. a. O., wo beide Arten letztwilliger Verordnungen gerade einander entgegengestellt werden. Auch ist bereits in dem Erk. v. 2. Juni 1856*) vom ObTr. angenommen, daß Erbverträge zu den letztwilligen Verordnungen gehören. Die Anwendung des § 63 I 12 des ALR. auf den vorliegenden Fall erscheint daher vollkommen gerechtfertigt.

*) StrA. 26 S. 13.

Nr. 235a. §§ 617 ff., 624 ff., 627 ff., 631, 641, 646, 649 ff. Erb- (Einsetzungs-, Entsagungs-) Vertrag. Wirkungen.*)

a. Erk. v. 30. Okt. 1863; ObTr. 50 S. 162.

b. Erk. v. 22. Okt. 1874; StrA. 94 S. 211.

Im Falle a. hatte die Wittwe B. mit ihrer Tochter einen Erbvertrag geschlossen, in dem sie sich wechselseitig und nach dem Tode des Letztlebenden verschiedene Personen zu Erben eingesetzt, Jedem aber vorbehalten, auch nach dem Tode des Zuerstversterbenden über einzelne Mobilien letztwillig zu verfügen. Die Tochter starb zuerst, die Wittwe B. errichtete demnächst mehrere Kodizille mit Legaten an Kapitalien und Renten, namentlich einem Legat von 4000 Thlrn. für eine Waisenanstalt. Die Vertragsexekutoren bestritten die Gültigkeit, auf Grund § 628 h. t. ist aber die Gültigkeit des Legats, soweit es $^1/_{20}$ des Nachlasses der Wittwe B. nicht überstieg, in allen Instanzen ausgesprochen. — Im Falle b. hatte der Rentier S. vor seiner Verheirathung mit seiner zweiten Ehefrau mit dieser einen notariellen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in welchem stipulirt, dass beim Ableben eines von ihnen die Kinder aus beiden Ehen den Nachlass des Verstorbenen mit Ausschluss des überlebenden Ehegatten nach den Regeln der Intestaterbfolge erhalten sollten. In einem späteren einseitigen Testament hatte der Ehemann S. dagegen die Kinder 2. Ehe auf den Pflichttheil gesetzt. Als diese das Testament anfochten und Eröffnung der Intestaterbfolge unter Beitritt ihrer Mutter, der Wittwe S., verlangten, wurde die Klage in den Instanzen abgewiesen. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Die Nichtigkeits-Beschwerde wirft dem App.-Richter Verletzung des § 628 I 12 nach einer dreifachen Richtung hin vor. Zunächst wird ausgeführt: dieser § betreffe nur die Frage, inwieweit das vertragsmäßige Erbrecht des überlebenden Kontrahenten durch spätere einseitige letztwillige Verfügungen des zuerst versterbenden Kontrahenten geschmälert werden könne. Hier handele es sich aber um eine ganz andere Frage, nämlich darum, ob und inwieweit der überlebende Kontrahent, welcher aus dem Erbvertrage bereits Vortheile gezogen habe, die vielleicht sein eigenes Vermögen weit überstiegen, die im Erbvertrage dritten Personen aus seinem Vermögen gemachten Zuwendungen durch einseitige letztwillige Verfügungen schmälern dürfe. Diese Frage finde überhaupt nicht ihre Entscheidung in dem § 628 cit., sondern in dem Grundsatze ALR. II 1 § 492, daß der Erbe, welcher die Erbschaft angetreten habe, die ihm vom Erblasser auferlegten Lasten übernehmen müsse, auch wenn sie das Vermögen des Erben selbst betreffen.

Allein dieser Angriff ist verfehlt. Denn da nach § 494 II 1 ALR. solche wechselseitige Testamente (der Eheleute), bei welchen sich beide Theile des Widerrufs

*) Vgl. Dernburg 3 §§ 177, 181; Förster (Eccius) 4 §§ 247, 265. — Die Wirkung des Erbeinsetzungsvertrages ergiebt sich zunächst aus dem unt. Nr. 235 über

begeben haben, als Erbverträge angesehen werden sollen, also in diesem Falle bei ihnen der § 628 I 12 gleichfalls Anwendung findet, so kann aus der für wechselseitige Testamente überhaupt, d. h. für solche, bei denen sich die Ehegatten des Widerrufs nicht begeben haben und welche nicht als Erbverträge gelten, gegebenen Vorschrift des § 492 II 1 eine Verletzung des § 628 gewiß nicht hergeleitet werden. Abgesehen aber auch hiervon kann bei wechselseitigen Erbverträgen nicht blos der zuerst verstorbene Kontrahent im Sinne des § 628 I 12 als „Erblasser" angesehen werden. Sowie nach § 624 a. a. O. beide Kontrahenten das Recht behalten, über ihr Vermögen unter Lebendigen zu verfügen, so steht an und für sich auch Jedem von Beiden nach § 628 die beschränkte Befugniß zu, bis zum zwanzigsten Theile seines Nachlasses Vermächtnisse zu errichten. Die beiderseitigen Vermögensmassen bilden keineswegs unbedingt und in allen Fällen eine Vermögensmasse und der Ueberlebende tritt auch bei einem wechselseitigen Erbvertrage nur rücksichtlich des Nachlasses des Zuerst-Versterbenden in die Rechte und Pflichten eines Erben, nicht aber hinsichtlich seines eigenen Vermögens, ObTr. 18 S. 28, 36.*) Inwieweit aber der Ueberlebende die Erbschaft des verstorbenen Kontrahenten als sein freies Eigenthum, oder aber nur in der Eigenschaft eines Fiduziar-Erben, also mit der Verpflichtung, den Nachlaß des Zuerst-Verstorbenen an fideikommissarisch substituirte Dritte nach seinem Tode herauszugeben, erlangt (§§ 632, 467 I 12 ALR.), hängt ObTr. 23 S. 193, Präj. 1234**) ebenso von dem Inhalte des Erbvertrages ab, als die Entscheidung, ob der überlebende Kontrahent, resp. bei wechselseitigen Testamenten der überlebende Ehegatte (§ 492 II 1 ALR.), nachdem er die Erbschaft in den Nachlaß des anderen Theils einmal angetreten hat, an seine im Erbvertrage auf seinen Todesfall zu Gunsten Dritter, d. h. anderer Personen als seines Mitkontrahenten, getroffenen Verordnungen unbedingt gebunden ist, oder ob und inwiefern und inwieweit er davon wieder abgehen kann. Davon, daß dergleichen eigene Verordnungen des Ueberlebenden, welche sein Vermögen betreffen, in die Kategorie von Lasten gehörten, welche ihm in der Eigenschaft als Erben des Zuerst-Versterbenden von diesem als Erblasser aufgelegt seien, kann offenbar nicht die Rede sein. Der aus der Pflicht eines Erben, sich Verfügungen des Erblassers über sein (des Erben) Vermögen gefallen zu lassen, hergeleitete Grundsatz läßt sich ohne Weiteres nicht auf die eigenen letztwilligen Verordnungen des Vertragserben anwenden, soweit sie nicht zu Gunsten des anderen Kontrahenten, sondern dritter Personen getroffen sind. Die Entscheidung hängt vielmehr in jedem einzelnen Falle von der Willensbestimmung der Kon-

---

*) Vgl. bei II 1 §§ 439 ff.
**) Zu II 1 §§ 481 ff.

---

seine rechtl. Natur Gesagten. Er giebt keinen Titel zum Erwerb unter Lebenden, wirkt unter Lebenden nicht. Die §§ 624—626 bestimmen dies ausdrücklich; auch § 625 ist nicht so zu verstehn, daß er dem Vertragserben ein Recht zum Widerruf schon bei Lebzeiten der Kontrahenten giebt; § 626 ist durch § 595 der CPO. aufrecht erhalten. Der Vertrag giebt dem vertragsmäßigen Erben, wie das Testament, kein sofort wirksames Recht, kein Erbrecht, sondern nur das Recht auf Beerbung; er ist Delationsgrund wie das Testament. Vgl. Erk. a. Nr. 235. (RG. 4 S. 172 für gem. R. ebenso.) Dieser Erbanspruch darf ihm durch einseitige Verfügung des Kontrahenten auf den Todesfall weder ganz, noch theilweise, durch Erbeinsetzung (Substitution) oder Vermächtnisse entzogen werden. Testament gegen den Erbvertrag hat ihm gegenüber keine Wirkung, wenn er es nicht gelten lassen will, dem Anspr. aus dem Vertrage nicht entsagt. Vgl. RG. 4 S. 172 unt. Nr. 235. Vermächtnisse, die in solchem unwirksamen Testamente dem Testamentserben auferlegt, binden ihn nicht; aus §§ 277—279 h. t., welche ein an sich wirksames Testament, zu dessen Errichtung der Testator berechtigt, voraussetzen, finden keine Anwendung, StrA. 74 S. 66 unt. Nr. 234. Der Fall des § 628 ist ein andrer. Was als letztwillige Verordnung, § 627 h. t., zu erachten, bestimmt sich nach dem unt. Nr. 225 Gesagten. Vgl. §§ 1134, 1135 I 11. Ueber die zweifelhafte Behandlung des Witthums, ob dasselbe unt. § 627 h. t. fällt oder als disp. int. viv. anzusehn, vgl. StrA. 69 S. 61 bei II 1, §§ 439 ff., 456. Zur Interpretation des § 628 dient Erk. a.

trahenten, also von der Auslegung des vorliegenden Erbvertrages ab. Wenn nun der App.-Richter thatsächlich feststellt, daß zwar die Erbkontrahenten über ihren gesammten Nachlaß nach Quoten disponirt hätten, und demnach das dem Kläger hinterher ausgesetzte Legat gegen die Anordnungen des Erbvertrages vermacht sei, daß auch nach dessen § 17 die Erbkontrahentinnen allerdings einseitige Verfügungen von angegebenem Inhalte ꝛc. sich ausdrücklich vorbehalten hätten, daß sie aber nicht ausgesprochen hätten, daß hierdurch die gesetzliche Befugniß, über den zwanzigsten Theil des Nachlasses zu verfügen, erledigt sein solle, und daß sie hierauf Verzicht leisteten, und wenn er wegen mangelnder Verzichtleistung auf diese gesetzliche Befugniß in dem Erbvertrage, die überlebende Kontrahentin nach dem Tode der anderen Kortrahentin auf Grund des § 628 für berechtigt erklärt hat, bis zum zwanzigsten Theile ihres eigenen Vermögens, soweit sie dasselbe von dieser, ihrer Tochter, nicht ererbt hat, Vermächtnisse zu errichten, so beruht seine Entscheidung eben wesentlich auf der Interpretation des Erbvertrages. Er verkennt nicht, erkennt vielmehr durch die Beschränkung jener Befugniß der Wittwe B. auf ihr eigenes Vermögen, mit Ausschluß des von ihrer Tochter ererbten Vermögens unzweideutig an, daß die Wittwe B. in der Eigenschaft als Erbin über den Nachlaß der Tochter mit Ausnahme der nach § 17 des Erbvertrages ausdrücklich gestatteten, keinerlei letztwillige Dispositionen habe treffen können. Dagegen legt er den Vertrag seinem ganzen Inhalte nach so aus, daß der Wille der Kontrahentinnen nicht dahin gegangen sei, die überlebende in der gesetzlichen Befugniß des § 628 hinsichtlich des eigenen Vermögens zu beschränken. Seine Entscheidung beruht sonach auf einer Beurtheilung faktischer Verhältnisse, deren Würdigung außer dem Bereiche des beschränkten Rechtsmittels der Nichtigkeits-Beschwerde liegt.

Gründe: b. Die Nichtigkeitsbeschwerde macht dem App.-Richter die Verletzung der §§ 646, 648 I 12, des § 75 I 5, der §§ 439—442, 444 II 1 ALR. und der §§ 9, 10 I 18 AGO. zum Vorwurf.

Der § 646 I 12 befand sich noch nicht in dem ungedr. Entwurfe. Im Anschluß an Diocl. 3 C. 8, 55 hatten bereits namhafte Rechtslehrer (J. H. Böhmer, exerc. ad pand. tom. II 28; Struben, I 65; A. D. Weber in seiner Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, Berger, Mevius, Stryck, Leiser u. s. w.) die Rechtsanschauung, zu welcher sich im Gegensatz zu Beseler in der Lehre von den Erbverträgen (Thl. II Bd. 1 S. 71 von 1837) die neuere gemeinrechtliche Praxis hinneigt, „daß bei einem zum Vortheil eines Dritten abgeschlossenen Vertrage dieser ein Klagerecht ohne Weiteres gegen den Promittenten durch den Abschluß des Vertrages erlangt", als eine auf dem Gebiete des Gem. R. sich fortgebildete Rechtsgewohnheit vertreten. In dem Erk. v. 1. März 1768 (Hymmen's Beiträge IV. S. 105) hatte jedoch das Geh. ObTr. eine solche Rechtsgewohnheit nicht anerkannt und ausgesprochen: daß der Dritte aus dergleichen ihm zum Besten geschehenen Stipulationen nicht eher das geringste Recht erlange, bevor er nicht seinerseits die

---

Aus der Natur des Rechts aus dem Erbvertr. für den Vertragserben als Erbanspruch folgt für Anfall und Erwerb die Anwendung der Grundsätze in I 9. Stirbt der Vertragserbe vor dem das Erbrecht einräumenden Kontrahenten, so fällt der Erbanspruch fort; von Transmission auf die Erben ist nicht die Rede, da dies Recht aus diesem Vertrage als ein höchst persönliches aufzufassen. Nach dem Anfall kann der Vertragserbe wie beim Testament den Erwerb behalten oder aufgeben, die Erbsch. mit oder ohne Vorbehalt antreten, wenn der Vertrag nichts Andres stipulirt, §§ 641—643 h. t. Bei Entsagung fällt aber auch jeder Erbanspruch fort, §§ 401 (405) I 9, § 642 h. t., § 448 II 2. Für den an seine Stelle tretenden Erben gelten §§ 279, 280 h. t., vgl. § 638 h. t. Der § 402 I 9 über die Zulassung der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils kann nach der Vertragsnatur nicht anwendbar sein, wovon auch § 448 II 2 ausgeht; wenn nicht aus der Verletzung des Pflichttheils etwa ein Recht auf Widerruf des Vertrages wegen Irrthums herzuleiten. In ObTr. 15 S. 180 (vgl. unt. Nr. 227a., Bd. 2 S. 448, 449) ist die Frage nicht entschieden, weil die Ehefrau in dem Vertrage ausdrücklich erklärt hatte, es sei ihr bewußt, daß sie als Pflichttheil $^1/_2$ des gesetzlichen Erbtheils zu fordern habe, sie entsage aber ausdrücklich der Befugniß, statt der ihr

Stipulation gleichfalls akzeptirt habe. Von einer gleichen Auffassung war auch die Gesetzes-Kommission in ihrer Entsch. v. 2. August 1782 ausgegangen (Klein's Ann. Bd. 1 S. 46). Obwohl dem entgegen einer der Redaktoren, der Präsident v. Tevenar, erinnert hatte, daß „vielfältige Erb-, Fideikommiß- und andere Verträge zum Vortheile eines Dritten geschlossen werden, dessen Beitritt zu diesem Vertrage nicht verlangt werde und nicht verlangt werden könne, der Dritte aber, wenn sich der Fall zutrage, befugt sei, sich des ihm ausgesetzten Vortheils anzumaßen, ob er gleich dem Vertrage nicht beigetreten sei", — und Suarez dies Monitum anfänglich für erheblich erklärt hatte, wurde im Anschluß an die Entscheidung der Gesetzes-Kommission der § 646 I 12 ALR. aufgenommen (Ges. Rev. Mot. zu den §§ 34—71 des Entw. S. 59 ff.; Rabe, Bd. I 7 S. 1581; Ges. Rev. Pens. XVI S. 221). Der § 646 a. a. O. bestimmt: „übrigens gelten Erbverträge nur unter den Kontrahenten als Verträge: in Ansehung eines Dritten aber, dem darin Etwas zugedacht wird und der dem Vertrage nicht mit Bewilligung der Hauptkontrahenten ausdrücklich beigetreten ist, haben sie nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen (I 5 §§ 75—77)", — und in dem angezogenen § 75 heißt es: „Der Dritte erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptkontrahenten beigetreten ist." Würde der § 646 I 12 auch auf Entsagungsverträge (§ 649 a. a. O.) mitbezogen (StrA. 83 S. 357) und ist der Nichtigkeitsbeschwerde zuzugeben, daß die mittelbare Theilnahme am Abschluß des Vertrages den Dritten berechtigt, so daß ihm durch einen einseitigen Willen des Promittenten dies Recht aus dem Vertrage nicht entzogen werden kann (§ 76 I 5), so kann hier doch nicht anerkannt werden, daß die Grundsätze der Stellvertretung hätten zur Anwendung kommen müssen, und in dieser Richtung nach der getroffenen Feststellung der App.-Richter den § 646 I 12 und den § 75 I 5 verletzt habe.

Die vertragsmäßige Regelung der Vermögensverhältnisse der Eheleute von Todeswegen bringt es allerdings mit sich, daß in solchen Verträgen auch in Betreff der Kinder Bestimmungen von Todeswegen getroffen werden. Dies hat auch das ALR. im Auge, indem es nicht nur in dem Falle, daß in Betreff der Kinder Nichts bestimmt, die für diesen Fall bei Testamenten in Ansehung nachgeborener Kinder gegebenen Vorschriften für maßgebend erklärt (§ 648 I 12, § 444 II 1), sondern auch den auf dem Erbvertrag der Eltern beruhenden Erbrechtstitel der Kinder den im Abschn. von der Erbfolge der Kinder vorangeschickten Erbrechtstiteln: Gesetz und letztwillige Verordnung gleichstellt (§§ 481, 482 II 2). Allein hieraus läßt sich Angesichts der Vorschrift des § 646 I 12 nicht ohne Weiteres folgern, daß die Kläger bei dem Abschlusse des in Rede stehenden Ehe- und Erbvertrages mittelbar Theil genommen haben.

Die Nichtigkeitsbeschwerde zieht ferner die Analogie des vorliegenden Falles mit dem Verhältnisse heran, welches bei einem bäuerlichen Gutsüberlassungsvertrage in Ansehung nicht zugezogener Kinder durch Aussetzung von Vermögensvortheilen

---

ausgesetzten Geldrente den Pflichttheil zu fordern. Daß diese ausdrückliche Entsagung wirksam, konnte nicht bedenklich sein.

Derjenige Inhalt des Erbvertrages, der sich nicht auf die Kontrahenten bezieht, sondern Zuwendungen an Dritte betrifft, soll nach § 646 h. t. als einseitige letztwillige Verfügung gelten, d. h. der Dritte ist nicht Mitkontrahent, er hat an sich kein Recht aus dem Vertrage, sondern nur wie aus einer letztwilligen Disposition, die Disposition für ihn in dem Vertrage ist deshalb eine widerrufliche, bis sie nach den Grundsätzen in den im § 646 h. t. angezogenen §§ 75 ff. I 5 unwiderruflich geworden ist. Vgl. darüber die Nr. 79 u. 80, Bd. 1 S. 304, 311. Vor dem Beitritt des Dritten kann die Disposition danach von den Kontrahenten gemeinschaftlich, nach Einverständniß (nicht einseitig von dem einen) geändert werden, nach dem Beitritt nicht mehr, und dem Beitritt steht gleich, die Disposition wird unwiderruflich, wenn der stipulirende Kontrahent mit dem Dritten auftritt oder durch Tod fortgefallen ist, so daß eine Aufhebung der Disposition im Einverständniß beider Kontrahenten nicht mehr möglich ist. Darauf beruht Erk. b., welches nur eine Anwendung des citirten PlBeschl. Erk. a. Nr. 80. In dem angezogenen StrA. 83 S. 357 hatte A. mit seiner Braut einen Ehe- u. Erbvertrag geschlossen, in welchem sie ihres Erbrechts auf den Nachlaß gegen-

ihrer Ascendenten entsteht. Es ist eine solche Analogie auch bereits in dem der Entsch. des ObTr. v. 22. April 1872 (StrA. 83 S. 357) unterliegenden Falle hervorgehoben worden. Indeß liegt der jetzt zur Entscheidung stehende Fall wesentlich anders als die dem PlBeschl. v. 25. August 1846 und dem Erk. v. 22. April 1872 unterliegenden Fälle. Im Falle des PlBeschl. v. 25. August 1846 ObTr. 14 S. 68*) handelte es sich um die Aussetzung von Vortheilen bereits existirender Kinder, und dem Erk. v. 22. April 1872 lag die Verpflichtung der künftigen Ehefrau nach dem Tode ihres nachmaligen Ehemannes, an dessen bereits lebende Tochter erster Ehe eine gewisse Summe zu zahlen, zum Grunde. Die Erbeseinsetzung im gegenwärtigen Falle betrifft Kinder aus der zu schließenden Ehe, die damals also noch nicht existirten. Es kann hier davon abgesehen werden, ob bei einem zu Gunsten künftig geborener Kinder von dem Vater versprochenen Vortheile der väterlichen Gewalt eine solche Wirkung beizulegen ist, daß die Kinder durch den Vater als repräsentirt anzusehen seien, ObTr. 47 S. 113.**) Ein solcher Fall ist hier nicht in Frage. Die Nichtigkeitsbeschwerde will, daß im gegenwärtigen Falle die Kläger als durch ihre Mutter bei Errichtung des Ehe- und Erbvertrages vertreten angesehen werden. Das Argument des PlBeschl. v. 25. August 1846, daß die Eltern eine vermuthete Vollmacht rücksichtlich ihrer schon aus der väterlichen Gewalt getretenen Kinder haben, § 119 I 13 ALR. und daß die Fassung des § 87 I 5 die Annahme gestatte, daß vermuthete Bevollmächtigte bei allen Verträgen, die lediglich auf einen Vortheil für ihre Vertretenen gehen, ohne weitere Rücksicht auf die Aufschieblichkeit oder die Schleunigkeit der Angelegenheit gültig akzeptiren können, kann offenbar hier, wo die nach der Annahme der Nichtigkeitsbeschwerde durch die Mutter vertretenen Kinder noch nicht existirten, und von einer vermutheten Vollmacht derselben auf die Mutter keine Rede sein kann, nicht Platz greifen.

Der App.-Richter verkennt andererseits jedoch die Bedeutung des § 646 I 12 in Verbindung mit § 75 I 5, indem er eine Klage aus dem beregten Ehe- und Erbvertrage auf Seiten der Kläger für ausgeschlossen erachtet, weil ein Beitritt der Kläger zum Ehe- und Erbvertrage nach dem Tode des Rentier S. nicht mehr möglich ist. Es kann hier davon abgesehen werden, daß nach anerkanntem Rechte der Promissar seine Rechte dem Promittenten gegenüber aus einem zum Vortheil eines Dritten abgeschlossenen Vertrage dem Dritten abtreten kann.***) Die Worte im § 75 a. a. O.: „mit Bewilligung der Hauptparteien" sind nicht unbedingt strikt zu verstehen. Es kömmt hierbei in Betracht, daß der versprechende Theil von der dem andern Theil gegenüber zum Vortheil eines Dritten übernommenen Verpflichtung sich nicht einseitig lossagen kann (§ 76 a. a. O.). Handelt es sich hier lediglich

*) Erk. a. Nr. 80, Bd. 1 S. 311.
**) unt. Nr. 221, Bd. 2 S. 395.
***) Bd. 1 S. 313. Gründe des PlPr. 1770.

seitig entsagt, die Braut aber sich zur Zahlung von Summen an die Kinder 1. Ehe des A. nach dessen Tode verpflichtet, und zwar so, daß, wenn sie vor dem Mann sterbe, die Verpflichtung auf ihre Erben übergehn sollte. A. acceptirte dies für seine Kinder, und als er bald nach der Eheschließung verstarb, ist die Klage der Kinder gegen die Wittwe auf Zahlung der ausgesetzten Summen durchgedrungen. Aehnlich StrA. 60 S. 20, 43, 44. (Vertret. des minderjährigen Sohnes durch den Vater.) Die Frage ist namentlich auch bei Ehe- u. Erbvertr. unter Braut- u. Eheleuten in der Praxis behandelt. Vgl. darüber bei II 1 namentlich ObTr. 38 S. 187 (StrA. 27 S. 92); 53 S. 67.

Von besondrer Bedeutung ist die Frage bei der fideikommissarischen Substitution im Erbvertrage. Im Allgemeinen gelten zunächst die unt. Nr. 230a. entwickelten Grundsätze. Ihre weitre Entwicklung für den Erbvertr. haben dieselben ausschließlich bei den Ehe- u. Erbvertr. unter Braut- und Eheleuten gefunden. Vgl. dort, §§ 439 ff. II 1, namentlich den PlBeschl. ObTr. 18 S. 19; ObTr. 53 S. 67 u. Präj. 1234.

Ueber die Wirkung des Erbentsagungsvertrages vgl. § 652 h. t., Erk. a. Nr. 230, Erk. a. Nr. 235. Er beseitigt den Erbanspruch und wirkt die Nichtentstehung des Erbrechts; es tritt kein Erbanfall, kein Erwerb ein, es bedarf deshalb auch keiner Entsagung nach den

lich um einen zu Gunsten der Kläger von der Wittwe S. bedungenen Vortheil, dann ist dem § 75 a. a. O. Genüge geschehen, wenn der Beitritt mit Bewilligung der S. erfolgt.

Sodann trifft den App.-Richter der Vorwurf der Verletzung des § 9 I 18 AGO.*) indem er die Voraussetzung der Intervention, ein gemeinsames Interesse der Wittwe S. und der Kläger deshalb verneint, weil die Wittwe S. dem Nachlasse ihres Ehemannes entsagt und von dem Successionsrechte nach dem Erbvertrage ausgeschlossen ist. Die Frage, ob die Voraussetzung der Intervention, ein gemeinschaftliches Interesse, vorhanden ist, ist materieller Natur. Um ein Erbrecht der Wittwe S. in den Nachlaß ihres Ehemannes handelt es sich hier nicht. Der Gegenstand des Rechtsstreites ist das aus dem Ehe- und Erbvertrage der S.'schen Eheleute von den Klägern hergeleitete Recht, daß in Ansehung ihrer, entgegen den Bestimmungen des Testaments der Nachlaß ihres Vaters nach den Regeln der Intestaterbfolge zur Vertheilung gelange. Es kann sich daher nicht fragen, ob in dieser Hinsicht die Wittwe S. ein gemeinschaftliches Interesse mit den Klägern hat. Der App.-Richter erkennt selbst an, daß die Wittwe S. als Kontrahentin des Ehe- und Erbvertrages das Testament ihres verstorbenen Ehemannes würde anfechten und verlangen können, daß in Ansehung ihrer Kinder der Nachlaß desselben nach den Bestimmungen des Ehe- und Erbvertrages vertheilt werde. Diese Annahme beruht offenbar auf der Bestimmung des § 627 I 12 ALR., daß letztwillige Verordnungen gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht stattfinden. Dieselbe Vorschrift legen Kläger augenscheinlich auch ihrer Klage zu Grunde. In dieser Richtung waltet daher ein gemeinschaftliches Interesse der Wittwe S. und der Kläger ob.

In der Sache selbst kömmt es auf den Rechtseinwand der Verklagten an, daß der Ehe- und Erbvertrag in Ermangelung gerichtlicher Abschließung rechtlich unwirksam sei. Der erste Richter hat diese Streitfrage unentschieden gelassen, weil er bereits auf Grund des § 75 I 5 in Verbindung mit § 646 I 12 in Ermangelung des Beitritts der Kläger mit Bewilligung der Hauptparteien die Abweisung der Kläger für geboten erachtete. Die Berufung der Verklagten auf das Präj. 2320 ObTr. 21 S. 204 ist verfehlt. Dort handelte es sich um einen nach geschlossener Ehe von Eheleuten errichteten Erbvertrag, während hier ein vor der Ehe errichteter Ehe- und Erbvertrag vorliegt. In ObTr. 37 S. 187 ist bereits anerkannt, daß die nach § 10 Nr. 5 II 1 AGO. für die vor der Ehe geschlossenen Verträge über die künftige Erbfolge der Eheleute genügende notarielle Form auch zur Gültigkeit letztwilliger Verordnungen in Ansehung Dritter in solchen vorehelichen Verträgen ausreicht. Obwohl es sich in dem Falle um gegenseitige Erbeseinsetzungen der künftigen Eheleute und Bestimmungen zu Gunsten Dritter handelte, während hier neben solchen Bestimmungen zu Gunsten Dritter Erbesentsagungen vorliegen, so kann dieser Unterschied für die hier wesentliche Frage nach den Förmlichkeiten der Verordnungen zu

---

*) Vgl. jetzt CPO. § 63.

Vorschriften in I 9. Das Eigenthum der Erbsch. geht auf den nicht entsagenden Erben über. So jedenfalls, wenn der Vertr. zwischen dem Erblasser und dem Erben geschlossen. Zweifel können entstehn, wenn der Vertrag zwischen den Miterben geschlossen und der Erblasser zu Gunsten des Entsagenden testirt hat. Hier wird konkret zu prüfen sein, ob die Entsagung sich darauf bezieht. Entsagung zu Gunsten bestimmter Dritter verliert ihre Wirkung, wenn der Dritte den Erbanfall nicht erlebt. Vgl. § 450 II 1 § 486 II 2. In dem Falle Erk. a. Nr. 235 ist wohl davon ausgegangen, daß der Bruder das $^1/_3$ seiner Intestaterbportion am Nachlaß der Schwester zur Hälfte zu Gunsten des Bruders, zur Hälfte zu Gunsten der Klägerin aufgegeben und die zu Gunsten des Bruders aufgegebene Hälfte wieder genommen. Danach würde die Klägerin von der streitigen Hälfte nur $^2/_3$ zu fordern gehabt haben.

Ueber die Wirkung der Entsagung gegen die Erben des Entsagenden vgl. §§ 357, 358 II 2.

Ueber die Wirkung von Verfügungen zu Gunsten Dritter in renuntiativen Erbvertr., welche in § 650 als rechtlich möglich vorausgesetzt, gilt die Vorschrift in § 646. Davon geht das Erk. b. und das erwähnte StrA. 83 S. 357 aus. Vgl. darüber auch zu II 1 bei den Ehe- und Erbverträgen. (ObTr. 38 S. 187; StrA. 27 S. 92.)

Gunsten Dritter in vorehelichen Verträgen künftiger Eheleute nicht in das Gewicht fallen. Das Hauptargument der in Rede stehenden Entscheidung, daß der Vertrag als Ganzes in Betracht zu ziehen ist, und sich die Bestimmungen zu Gunsten Dritter von den Verabredungen in Ansehung der Kontrahenten nicht trennen lassen, weil sonst etwas Anderes in das Leben treten würde, als dasjenige, was die Kontrahenten verabredet, greift in dem vorliegenden Falle, wo die jetzige Wittwe S. offenbar gerade mit Rücksicht auf die zu Gunsten ihrer aus der zu schließenden Ehe hervorgehenden Kinder getroffenen Bestimmungen ihres nachmaligen Ehemannes ihrem Erbrechte in dessen Nachlaß entsagt hat, ausdrücklich Platz. Der Einwand der Verklagten, daß es zur Gültigkeit der Bestimmung des Ehe- und Erbvertrages zu Gunsten der Kläger der gerichtlichen Form bedurft habe, mußte demnach verworfen werden.

Dreizehnter Titel.

Nr. 236. §§ 1, 4, 5, 6 (§§ 186 ff.); §§ 119—128, 217—223 (I 14 §§ 207 ff.). Auftrag. Vollmacht. Begriff. (Vollmacht für die Erben.) Rath u. Empfehlung. Vermuthete Vollmacht.*)

a. Erk. v. 27. Jan. 1873; StrA. 87 S. 367.

b. Erk. v. 25. Oktbr. 1870; ObTr. 64 S. 78 (StrA. 81 S. 21).

Im Falle a. war Kläger bei nicht pünktlicher Miethszahlung zur Kündigung in den drei ersten Tagen des Quartals vertragsmässig befugt und hatte, als eine Zahlung ausblieb und dem verzogenen Miether in der verschlossenen Wohnung nicht gekündigt werden konnte, das Kündigungsschreiben rechtzeitig dessen Bruder zugestellt, weil der Miether ihm erklärt hatte, dass sein Bruder künftig die Miethe zahlen und ihn in allen Rechten und Pflichten aus dem Miethsvertrage vertreten werde. Die Instanzen hielten auf die Exmissionsklage wegen § 8 h. t. dies nicht für ausreichend, das ObTr. hat vernichtet und zur Räumung verurtheilt. — Im Falle b. hatte der v. R. für sich und seine Erben dem Sch. gerichtlich Generalvollmacht ertheilt mit dem Auftrage, seine Rechte wahrzunehmen, den Sch. insbesondere auch ermächtigt, Schenkungen aller Art zu machen, die Uebergabe zu bewirken und die erforderlichen Verträge darüber für ihn abzuschliessen. Nach dem Tode des v. R. schenkte Sch. dem Kläger durch gerichtliche Urkunde Namens des v. R. einen Rentenbrief, und Kläger klagte gegen den Nachlasskurator auf Ausantwortung eines der im Nachlass befindlichen Rentenbriefe ev. Werthsersatz. In 2. und 3. Instanz ist die Klage abgewiesen.

Gründe: a. Der § 8 I 13 des ALR. verordnet allerdings, daß derjenige, welcher sich mit einem nicht durch schriftliche Vollmacht legitimirten Bevollmächtigten einläßt, aus dem abgeschlossenen Geschäfte gegen den Machtgeber nicht soll klagen können, also aus einem solchen Rechtsakte kein perfektes Recht gewinnt. Allein nach Wortlaut und Zusammenhang handelt es sich hier nicht um eine jede Repräsenta-

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 409 ff.; Dernburg 2 § 180; 1 § 113; Förster (Eccius) 1 § 42; 2 § 141. (Mitteis, die Lehre von der Stellvertretung nach röm. u. österr. R. 1885.) — Auftrag ist im weitesten Sinn die Uebertragung eines Handelns, Verrichtens an Jemand für den Auftragenden, sei es in dessen Interesse allein oder zugleich in fremdem Interesse. In diesem weitesten Sinne umfaßt der Auftrag alle Verträge über Handlungen des Abschn. 8 I 11. Um die danach zu der offenbar nothwendigen Scheidung z. B. des Auftrags an einen Arbeiter zur Anfertigung einer Arbeit von der Vollmacht erforderliche Grenz-

tion durch eine dritte Person, sondern lediglich um eine solche, welche sich als förmlicher Vollmachtsauftrag darstellt. Nach § 5 a. a. O. ist ein solcher vorhanden, wenn ein Geschäft für einen Andern betrieben werden soll, und in § 8 a. a. O. selbst ist der Fall normirt, wenn ein zweiseitiges Rechtsgeschäft durch einen Vertreter errichtet werden soll.

Es giebt aber noch eine Reihe von Fällen, in welchen eine Person durch eine andere aktiv oder passiv auftreten kann, ohne daß es sich um ein förmliches Vollmachtsverhältniß handelt. Das Kriterium des letzteren muß darin gefunden werden, daß es sich dabei um die Vornahme von Rechtsgeschäften für einen Andern an dessen Stelle handelt, dergestalt, daß der Repräsentant, wenn auch im Auftrage, dennoch mit Selbstständigkeit und nach eigener Entscheidung dem Dritten gegenüber auftritt. Wo es sich aber nicht um eine derartige Repräsentation handelt, wo insbesondere der Mittelsmann nur als ein Organ, als Werkzeug sich darstellt, dessen sich eine Person zur Kundgebung ihres Willens oder zur Ausführung ihrer Handlungen bedient, z. B.

---

linie zu finden, ist auf das, das Moment der Stellvertretung ausdrückende „statt seiner" im § 5 h. t. Gewicht zu legen. Im Vermögensverkehr, auf welchen § 1 die Stellvertretung beschränkt (vgl. §§ 9, 66 I 12; § 167 II 1), werden aber Rechte u. Pflichten durch Willenserklärungen begründet, zu denen, wie an anderer Stelle betont, auch die Besitzhandlungen gehören; für bloßes faktisches Thun, wenn es auch Rechtsfolgen hat (z. B. bei der unerlaubten Handlung), giebt es logisch und rechtlich keine Stellvertretung. Die Vollmacht als Uebertragung der Stellvertretung ist danach im weitesten Sinn der Auftrag zur Willenserklärung, so weit sie rechtliche Bedeutung hat, und so weit sie solche hat, ist sie Rechtsgeschäft. Davon geht Erk. a. aus, welches noch weiter scheidet zwischen der Willenserklärung durch einen Andern als Stellvertreter, wobei dessen Willenserklärung als die des Vertretenen gilt, und der Kundgebung, Uebermittlung der eignen Willenserklärung durch einen Andern als Boten. (Vgl. RG. 12 S. 20, wo in einem gemeinrechtl. Fall der Auftr. zum Empfang und zur Uebermittlung von Offerten nach den Grundsätzen vom Mandat behandelt.) Der entschiedene Fall zeigt die praktische Bedeutung des Unterschiedes. Damit stimmt überein ObTr. 45 S. 123 (StrA. 39 S. 360). Erk. a. Nr. 129, Bd. 1 S. 594; StrA. 49 S. 313; 51 S. 338; 52 S. 226; 72 S. 47. In StrA. 49 S. 313 u. 51 S. 338 handelte es sich wie in dem Erk. a. Nr. 129 um die Verantwortlichkeit des Arbeitsgebers für Beschädigung, die der Arbeiter bei der aufgetragenen Arbeit erlitten. In beiden Fällen hatte der 2. Richter die §§ 5, 80, 81, 94 h. t. zur Anwendung gebracht, während das ObTr. ausführt, daß § 5 h. t. u. der Begr. der Vollm. auf Verrichtung durch Handarbeiter unanwendbar, eine Vertretung, einen Auftrag zur Vornahme eines rechtlichen Akts voraussetze, für Akte thatsächlicher Art die §§ 869 ff. I 11 maßgebend. Vgl. unt. Nr. 129, Bd. 1 S. 596 zu Erk. a. In StrA. 52 S. 226 u. 72 S. 47 (s. unt. Nr. 239 zu §§ 20 ff. h. t.) wird von demselben Gesichtspunkte aus bei Auftr. zur Geschäftsvermittlung der Fall, wo der Auftr. nur auf Zuführen geht, von dem geschieden, wo es sich um Besorgung des Geschäfts für den Auftraggeber und Vertretung desselben dabei handelt, und nur letztrer als Mandatsverh. behandelt. Vgl. OHG. 2 S. 301, 303. Auch in StrA. 56 S. 179 wird ausgeführt, daß das ALR. unter Vollm. nur den Vertrag verstehe, durch den Jemand mit oder ohne Belohnung für einen Andern u. in dessen Namen mit einem Dritten Rechtsgeschäfte zu verhandeln übernimmt, dieser Vertr. als Spezies der Vertr. über Handlungen bezeichnet (vgl. unt. Nr. 92, Bd. 1 S. 384 u. unt. Nr. 122, Bd. 1 S. 549). Ebenso scheidet OHG. 7 S. 315 bei der Behandlung der Bedeutung des Auftrags zur Unterschrift einer Wechselerklärung sehr bestimmt den Auftr. zu einer faktischen Dienstleistung von dem zur Vertretung bei einem Rechtsakt, den es allein als Vollmacht auffaßt.

Daneben argumentirt aber das ObTr. in StrA. 19 S. 258 u. dem Erk. a. Nr. 239, StrA. 62 S. 104, aus §§ 18, 76 h. t., daß der Abschn. 1 Tit. 13 sich nicht blos auf das Mandat in diesem Sinne, sondern auf Auftrag im Allgemeinen bezieht, daß im § 5 h. t. Auftrag und Vollmacht synonym gebraucht. Letzteres ist gewiß nicht richtig, ob erstrer Satz in den Fällen erforderlich, wo die Bestimmungen des Abschn. 1 I 13 auf mandatsähnliche Verhältnisse angewendet, ist fraglich. Daß aus den Bestimmungen in den §§ 5 ff. h. t. Rechtsgrundsätze zu entnehmen, die auf alle Aufträge analog angewendet werden können, die

bei Ausrichtungen durch Dienstboten, da ist ein Vollmachtsverhältniß im Sinne der §§ 5 ff. a. a. O. nicht vorhanden, die Anwendung des § 8 a. a. O. also schon deshalb ausgeschlossen.

Im vorliegenden Falle ist nun behauptet, daß der Bruder des Verklagten nach dessen ausdrücklicher Erklärung seine Rechte und Pflichten als Miether während seiner Abwesenheit habe wahrnehmen sollen, und es kann nicht bezweifelt werden, daß mit der von den Vorderrichtern erwähnten Erklärung eine solche dem Kläger gegenüber gemeint war, so daß die in dieser Beziehung gerügte Omission nicht vorliegt. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit diese nur mündlich gegebene Erklärung den Bruder zu rechtsgültigen Verhandlungen in Angelegenheiten des Miethsverhältnisses legitimirte. Allein außer solchen Akten rechtsgeschäftlicher Art kommen im natürlichen Verlaufe einer Wohnungsmiethe zahlreiche andere Gelegenheiten vor, bei denen es eines Organs des abwesenden Miethers zur Wahrnehmung und Ausübung seiner Befugnisse bedarf. Schon die Ausübung des Besitzes und Verschlusses, die unter Umständen gebotene Vorzeigung der Miethsräume und insbesondere auch die im Interesse der Wohnung entgegenzunehmenden Mittheilungen bedingen ein solches.

---

eine Beziehung auf den Abschluß oder die Ausführung vermögensrechtlicher Geschäfte haben, OHG. 2 S. 436, kann zugegeben werden. So kann die Anwendung der §§ 20 ff. h. t. auf Aufträge zur Vermittlung von Geschäften begründet werden, vgl. unt. Nr. 239, die sich übrigens konkret ebenso wie der Auftrag zur Beschaffung eines Darlehns, §§ 76, 140 h. t., als wirkliche Vollm., nicht blos Vertr. über Handlungen, gestalten können, wenn es sich z. B. dabei auch um Verabredung von Bedingungen handelt, StrA. 79 S. 33.

Unter die Willenserklärungen, welche als Inhalt des Auftrags denselben zur Vollmacht machen, fallen alle rechtlichen Erklärungen jeder Art, soweit sie auf Konstituirung, Uebertragung, Auflösung eines Rechts oder einer Verbindlichkeit gerichtet oder in rechtlich bedeutsamer Beziehung dazu stehen. In diesem Sinne ist auch in der Praxis als Vollm. behandelt der Auftrag zur Unterschrift, da die Unterschrift eben nichts bedeutet als die Vollendung der Willenserklärung. Die praktische Konsequenz ist die Anwendung des § 8 h. t. darauf. Vgl. darüber und die dabei entstandene Streitfrage, ob der Bevollmächtigte nur mit seinem Namen oder dem des Machtgebers zu zeichnen befugt, Nr. 83, Bd. 1 S. 328; OHG. 5 S. 263, 271; 7 S. 315; RG. 3 S. 307. Vgl. Förster (Eccius) § 141 Anm. 17. Auftrag zur Ertheilung des ehemännlichen Konsenses Namens des Ehemanns ist Vollmacht, weil die Erklärung des ehem. Konsenses rechtliche Willenserklärung ist. Vorausgesetzt muß dabei allerdings werden, daß es sich um Konsensertheilung zu vermögensrechtlichen Erklärungen handelt. Vgl. Dernburg 1 § 113 Anm. 18. So StrA. 19 S. 95, wo die Ermächtigung allgemein für alle Fälle, wo der Konsens erforderlich, ertheilt und der Konsens durch den Bevollmächtigten zu einer Schenkung der Ehefrau erklärt war. Es wurde geltend gemacht, daß nach § 109 h. t. Spezialvollmacht erforderlich, was unrichtig war, weil die Erklärung des Konsenses nicht die Schenkungserklärung ist. Unbedenklich ist die Natur der Prozeßvollmacht, worüber jetzt die §§ 76 ff., 85 CPO. bestimmen, als wirklicher Vollmacht. Vollmacht ist nicht blos der Auftr. zur Verpflichtung durch den Vertreter, sondern auch der Auftrag zur Zahlung und Zahlungempfangnahme, weil die Zahlung Rechtsgeschäft ist, StrA. 74 S. 332; ObTr. 9 S. 233; 67 S. 97 (StrA. 84 S. 226; Nr. 237 Erk. f.), das Inkassomandat beim Wechsel, mag Voll- oder Inkassogiro gegeben sein, OHG. 17 S. 414. Auch das Inkassomandat mit Vollgiro ist Vollmacht, ohne Unterschied ob der Bevollm. dabei aus eignem Recht, nicht Namens des Machtgebers auftritt, weil, wie aus §§ 62, 63, 153, 154 h. t. folgt, für das Verhältniß zwischen Machtgeber und Bevollm. gleichgültig ist, ob der Bev. im eignen Namen auftritt oder auftreten soll, OHG. 21 S. 263. Ueber die wichtigen Konsequenzen daraus vgl. Erk. a. u. b., Präj. 1333, 2326 (Nr. 237) u. StrA. 5 S. 297 unt. Nr. 240. Darum fällt unter den Mandatsbegriff auch Kommission und Spedition, welche jetzt durch Art. 360 ff., 379 ff. HGB. geregelt; in beiden Fällen schließt der Bevollm. im eignen Namen für den Auftraggeber Rechtsgeschäfte. Vgl. übrigens Erk. a. Nr. 180 b., Bd. 1 S. 1021 über die Nichtanwendung des § 2 Nr. 2 Ges. v. 31. März 1838 auf die Ansprüche des Kommissionärs. Aus dem Wesen der Kommission u. Spedition als Mandatsverhältnisse war das ObTr. in einer sehr interessanten Praxis, die jetzt nicht mehr von praktischer Bedeutung, im Wesentlichen zu den Ergebnissen gelangt, die jetzt durch die Bestimmungen des HGB. fixirt. (Vgl. ObTr. 19 S. 185; StrA. 39 S. 131, 319;

Daß die Auswahl und Aufstellung eines derartigen Repräsentanten dem Miether zusteht, und der Vermiether dessen Designirten als solchen respektiren muß, läßt sich nicht in Zweifel ziehen. Daß aber diese Auswahl und Bezeichnung in einer besonderen Form, namentlich schriftlich geschehen solle, schreiben die Gesetze nicht vor. Die Entgegennahme von Mittheilungen im Interesse des Miethsverhältnisses an Stelle des abwesenden Miethers muß zu denjenigen Akten gerechnet werden, welche ein förmliches Vollmachtsverhältniß nicht als nothwendig voraussetzen, sondern auch ohne förmliche Vollmacht durch einen gehörig designirten Dritten so erfolgen können, als sei der Miether selbst unmittelbar handelnd aufgetreten.

Daß übrigens ein nur in mündlicher Form ertheilter wirklicher Vollmachtsauftrag, wenn derselbe dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte in Verhandlung treten soll, vom Auftraggeber zur Kenntniß gebracht ist, nicht ganz ohne Wirkung sei, vielmehr in Bezug auf das in Folge dessen von dem mündlich Beauftragten Namens des Machtgebers Uebernommene den Auftraggeber ebenso verpflichtet, als

---

ObTr. 20 S. 155, 159; StrA. 1 S. 1; 5 S. 125; 29 S. 4; 16 S. 78; 45 S. 147; 39 S. 23; 27 S. 3; 28 S. 287; 48 S. 140; 40 S. 103, 322; 67 S. 167.)

Unter das Mandat fällt ferner Assignation und mand. qualific., I 16 §§ 259, 260; 14 §§ 215, 216, nach ObTr. 13 S. 75 u. 15 S. 354 auch das Rechtsverhältniß zwischen dem Wechselzieher und dem Bezogenen, woraus für die Revalirungsklage die Beweispflicht des Ziehers, daß der klagende Bezogene Deckung erhalten, sowie ferner hergeleitet, daß der Bezogene Anspr. auf Deckung und Befreiung noch vor Verfall hat. Ueber die aus der Natur der Wechselobligation dagegen folgenden Bedenken und die abweichende Auffassung des OHG. vgl. Rehbein, WO. zu Art. 21 ff.

Vollmacht ist ferner der Auftrag, sich zu verpflichten. Vgl. ein Beispiel in StrA. 68 S. 267 unt. Nr. 239a.

Um Vollmacht handelt es sich ferner, wenn der Vater in dem Falle der §§ 622 ff. II 2 das Kind durch einen Dritten (nicht aber, wenn durch seinen Vormund) zurückfordert. Die Erklärung des Vaters wie die Empfangnahme des Kindes von der Mutter sind Rechtshandlungen. In ObTr. 11 S. 341 wird, ohne daß dieser Gesichtspunkt betont, das Erforderniß der schriftlichen Spezialvollmacht wenig ansprechend auf §§ 105, 123 h. t. gegründet.

Aus dem Requisit der Rechtshandlung als Inhalt der Vollm. folgt, daß die Aufgabe eines Telegramms kein Vollmachtsverhältniß zum Telegraphenamt begründet, da dasselbe nicht zum Vertreter behufs Vornahme einer Rechtshandlung bestellt, sondern ein Vertrag über Abschrift und Beförderung des Telegramms geschlossen wird, ObTr. 45 S. 57 (StrA. 42 S. 50) Erk. a. Nr. 82, Bd. 1 S. 323.

Daraus, daß die Vollmacht die Vertretung des Machtgebers in dessen Interesse („für ihn") für Rechtshandlungen (Willenserklärungen) bezweckt, die er selbst nicht vornehmen kann oder will („statt seiner"), ergiebt sich, daß keine Vollm. vorliegt, wo unter der Form des Auftr. dem Beauftragten ein eignes Recht, eine Dispositionsbefugniß übertragen wird. Deshalb ist z. B. der § 186 h. t. über die Beendigung der Vollmacht durch den Tod unanwendbar in dem Falle, wo das R. zur Ausfüllung eines Wechselblanquets übertragen ist; unrichtig wurde in solchem Falle die rechtliche Möglichkeit der Ausfüllung nach dem Tode des einen oder andern Theils darum verneint, weil nach § 186 h. t. der Auftrag durch den Tod erloschen, da es sich nicht um Ausfüllung in Vertretung des Auftraggebers handelt, sondern um die Ausübung einer eignen vermögensrechtlichen, unwiderruflichen Befugniß. Vgl. darüber Erk. a. Nr. 167, Bd. 1 S. 879 u. OHG. 13 S. 298 daselbst. Einen ähnlichen Fall behandelt StrA. 5 S. 45. A. hatte eine Mühle an die verehl. B. verkauft und sich in dem Vertrage verpflichtet, die bereits im Gange befindliche Regulirung der Dominialverhältnisse der Mühle zum Kronfideikommiß auf seine Kosten zum Abschluß zu bringen, während die Käuferin sich verpflichtet, das Resultat der Regulirung gegen sich gelten zu lassen. Die B. weigerte später die Erfüllung der von A. in dem Rezeß über die Regulirung übernommenen Leistungen und wendete gegen die Klage des A. ein, daß die Bestimmung des Vertrages eine Vollmacht enthalte, die nicht verbindlich, da sie keine Spezialvollmacht zum Rezeßabschluß enthalte. Dies ist gegen beide Instanzen verworfen, da offenbar nicht eine Vertretung der B. durch A., ein von beiden Theilen aufkündbares Verhältniß, in welchem die B. als Machtgeber den A. zu

wenn er es selbst übernommen hätte, ist in den §§ 147—149 I 13 ALR. ausdrücklich ausgesprochen. Es ist hierin eine Anerkennung und Anwendung des erörterten Gedankens zu finden. Der zum Abschlusse von Rechtsgeschäften für den Machtgeber wegen der fehlenden Schriftform nicht befähigte Vertreter soll nämlich in dem bezeichneten Falle doch wenigstens als dessen Organ und Repräsentant bezüglich der Uebernahme von Sachen und Leistungen angesehen werden. Die aus diesem Grunde wegen unzutreffender Anwendung des § 8 a. a. O. gebotene Vernichtung des zweiten Urtheils führt in der Sache selbst alsbald zur antragsmäßigen Verurtheilung des Verklagten. Denn es kommt nach der Lage der Sache, wie diese sich schon in der zweiten Instanz gestellt hat, auf eine Feststellung über die noch streitige Frage nicht mehr an, ob der Bruder des Verklagten wirklich zur Empfangnahme solcher Mittheilungen vom Verklagten designirt war. Mag nämlich diese Kündigung bei ihm ebenfalls an die falsche Adresse gelangt sein, so steht doch fest, daß der Kläger um jene Zeit überhaupt eine Kündigungserklärung abgegeben, und daß dieselbe spätestens durch die Behändigung der Klage (welcher ohnehin die Bedeutung einer neuen Kündigung beigelegt werden müßte) zur Kenntniß des Verklagten gelangt ist. Wenn

---

entschädigen, A. nach der Weisung der B. als Machtgeberin zu handeln hatte, §§ 5, 49, 159, 65 h. t., bezweckt war, sondern für A. ein eignes Recht mit dem selbstständigen Anspruch auf Uebernahme der stipulirten Leistungen durch die B. konstituirt war. Ob in ObTr. 17 S. 184, 191, dem auch Förster (Eccius) § 141 Anm. 5 zustimmt, die dem Verkäufer vertragsmäßig eingeräumte Befugniß bei Verzug des Käufers durch einen Mäkler verkaufen zu lassen, als Vollmacht richtig bezeichnet, ist deshalb bedenklich. Vgl. Art. 343 HGB. Aehnlich OHG. 9 S. 155. A. hatte nach Zahlungseinstellung dem B. seine baare Kasse übergeben, um sie im eignen Interesse und dem der übrigen Gläubiger als Stamm einer Liquidationsmasse zu außergerichtl. Regulirung oder Ablieferung an die Konkursmasse zu verwenden. Ein Gläubiger brachte Arrest auf die Gelder aus und klagte, nachdem der Konkurs eröffnet, B. die Summe abgeliefert, der Konkurs wieder aufgehoben war, gegen B. auf Auslieferung. Das OHG. weist ab, weil weder depos., da die Verwendung zu bestimmtem Zweck bedungen, l. 1 §§ 11 bis 13 D. 16, 3; l. 8 pr. D. 17, 1, § 9 I 14 ALR., noch Mandat vorliege, letztres nicht, weil in erster Linie die Sicherung des B. und der Mitgläubiger, die Ausschließung der freien Verfügung des A. Zweck des Akts, dadurch die rechtliche Natur des Geschäfts bestimmt, §§ 154, 158 I 4, §§ 360 ff. I 5, §§ 199 ff. I 16 maßgebend, die beliebige Rückforderung ausgeschlossen.

Das Moment der Vertretung ist ferner da ausgeschlossen, wo die rechtliche Handlung, welche aufgetragen, eine solche, welche von dem Auftraggeber rechtlich überhaupt nicht vorgenommen werden kann. Deshalb ist unbedenklich der Vertrag mit dem Schiedsrichter über die Uebernahme der schiedsrichterlichen Entscheidung kein Vollmachtsvertrag, sondern ein Vertr. über Handlungen, die §§ 186, 196, 197, 198, 199 h. t. darauf unanwendbar, da die übertragenden Parteien ihren eignen Streit als Richter nicht entscheiden, sich deshalb dabei auch durch einem Andern nicht vertreten lassen können, ObTr. 45 S. 435 u. StrA. 41 S. 207, und aus demselben Grunde ist der Gerichtsvollzieher im Akte der Zwangsvollstreckung nicht Bevollmächtigter des Gläubigers, soweit das Gesetz selbst ihm nicht, wie z. B. bei Empfang der Zahlung, Vertretungsbefugnisse überträgt, CPO. §§ 675, 716, 720. Vgl. Förster (E.) § 141 Anm. 33 u. unt. Nr. 140, Bd. 1 S. 675, sowie RG. 9 S. 361 (gem. R.) u. RG. 10 S. 233 (Preuß. R. II 10 §§ 88 ff.).

Aus dem Erk. b., dem Dernburg 2 § 180 Anm. 7 wie Förster (Eccius) beitreten, vgl. aber Dernburg 1 § 114 Anm. 14, ergiebt sich als weiteres Requisit, daß die Vertretung, welche die Vollm. anordnet, regelmäßig eine Vertretung des Machtgebers sein muß, die vom Bevollm. in dieser Vertretung abgegebenen Willenserkl. als solche des Machtgebers sich darstellen müssen, daß dagegen durch die Vollm. nicht schrankenlos eine Vertretung der Erben geordnet werden kann, so daß die Willenserkl. des Bevollm. als die der Erben erscheint. Würde dies schrankenlos zugelassen, so würde ein Vertretungsverhältniß für dispositionsfähige Personen geschaffen werden können, welches der Vormundschaft gleich käme. Auch bei der Testamentsexekution, §§ 557 ff. I 12, welche als Vollm. für die Erben auf § 190 h. t. gestützt werden kann, ist unter Nr. 232 auf diese nothwendige Schranke hingewiesen. Das Erk. b. findet diese Schranke im § 186 h. t. ausgedrückt, wonach die Vollmacht auf die Erben mitgerichtet sein kann, was bedeuten soll, daß das Rechtsgeschäft schon

also auch für jenes erste Miethsquartal die Kündigung verspätet war, so ist sie doch jedenfalls für das demnächst eintretende zweite oder dritte spätere Quartal rechtzeitig erfolgt, und das bezügliche spätere Quartal ist schon im Laufe der zweiten Instanz abgelaufen, so daß der Verklagte die Wohnung längst hätte räumen sollen und dazu zweifellos jetzt verpflichtet ist.

Gründe: b. Da die bei Schenkungen im Namen des Mandanten nach dem § 109 I 13 ALR. erforderliche Spezialvollmacht in der Generalvollmacht ausgedrückt ist, was nach dem § 118 das. genügt, so fragt sich nur, ob die Specialvollmacht geeignet ist, die Rechtsbeständigkeit der im Streite befangenen Schenkung zu begründen, eine Frage, welche der App.=Richter, selbst unter der Voraussetzung der von dem v. R. gewollten Ausdehnung der Vollmacht auf die Erben, mit Recht verneint.

Der Vollmachtsauftrag ist seinem Wesen nach auf ein besonderes subjektives Vertrauen zurückzuführen, welches der Mandant in die Fähigkeit und Zuverlässigkeit des Anderen setzt. Dabei sind regelmäßig leitend die konkreten gegenwärtigen, oder

---

bei Lebzeiten des Erblassers begonnen haben muß, wenn es nicht gemäß § 190 ein solches, welches seiner Natur nach erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann. In beiden Fällen ist der Bev. des Erblassers nach dessen Tode Bev. der Erben. In ObTr. 67 S. 97 (StrA. 84 S. 226), Erk. f. Nr. 237, ist letztres auch da angenommen, wo das Geschäft nach der Bestimmung des Machtgebers erst nach seinem Tode ausgeführt werden soll; daraus soll folgen, daß es erst nach seinem Tode ausgeführt werden kann. Damit wird die Schranke freilich wieder so gut wie beseitigt. In StrA. 95 S. 364 ist unter analoger Anwendung des § 186 für zulässig erklärt, daß eine Gewerkschaft einen Bevollm. für den Empfang des Kaufgeldes für das zu verkaufende Bergwerk bestellt, was in dem Falle angefochten wurde, weil die Gewerkschaft als solche nach dem Verkauf des Bergwerks nicht mehr bestehe, die einzelnen Gewerken die Vollm. aber nicht ertheilt.

Aus dem Begr. der Vollm. folgt, daß Niemand sein eigner Bevollm. sein, nicht mit sich selbst als eigner Vertreter kontrahiren kann, RG. 5 S. 59, aber es ist nicht ausgeschlossen, daß Jemand als Vertreter eines Andern mit sich kontrahiren kann, oder daß derselben Person von verschiedenen Personen für dasselbe Geschäft, bei dem sie als Kontrahent und Gegenkontrahent, Gläubiger und Schuldner erscheinen, Vollm. ertheilt wird und für beide Willenserklärungen abgegeben werden, wenn dies nicht vom Gesetz selbst untersagt ist, §§ 29, 46 II 18; § 86 VO. Vgl. § 169 II 2 ALR. Vgl. darüber die thatsächlich und rechtlich interessanten Entsch. RG. 6 S. 11, 16; 7 S. 119 gegen OHG. 8 S. 393.

Begriffsmäßig ist der Vollmachtsvertrag ein einseitiges Geschäft, aus welchem Verpflichtungen zunächst nur für den Bevollm. erwachsen; begriffsmäßig ist auch die Haftung des Bevollm. für Erreichung eines bestimmten Erfolges im Vertr. nicht enthalten; darüber, daß die Widerruflichkeit im Begriffe liegt, vgl. unt. Nr. 238. Wo dies durch Abrede der Kontrahenten zulässig anders bestimmt, wird die rechtl. Natur des Vollmachtsvertrages geändert und entweder ein aus Vollm. und Vertrag über Handl. gemischtes Rechtsverhältniß hergestellt, in dem Vollmachtsvertr. ist ein andrer Vertr. enthalten oder die Vollm. nur Bestandtheil eines andern Vertrages. Beispiele giebt OHG. 6 S. 180; 9 S. 158; 16 S. 375, 379; 23 S. 324. Inwieweit in solchen Fällen die Grundsätze von der Vollm. anwendbar, ist nur konkret zu entscheiden.

Neben dem Vertretungsverhältniß, welches durch Vollm. geschaffen, besteht eine Reihe andrer Vertretungsverhältnisse, die nicht auf Vollm. beruhen und deshalb ihren eignen Bestimmungen unterliegen, ohne daß die analoge Anwendung der Vollmachtsvorschriften geradezu ausgeschlossen. Der Vater, der kraft eignen Rechts auf Grund des Gesetzes das Kind in p. p. vertritt, ist ebensowenig Mandatar, wie der Vormund. Vgl. StrA. 15 S. 43 zu §§ 622 ff. II 2 u. oben. Die §§ 593 ff. II 18 ließen aber z. B. eine durch den Vormund und das Gericht nichtig geschehene Veräußerung von Grundstücken durch ausdr. oder stillschw. Genehmigung seitens des Mündel nach aufgehobener Vormundschaft gültig werden und dieser Grundsatz ist in StrA. 34 S. 333 auch auf Veräußerungen durch den Vater angewendet. Dies wird mit Rücksicht auf die Stellung des Vorm. u. Vaters als Verwalter, den § 46 VO., §§ 3, 4 Ges. v. 12. Juli 1875, § 109 I 14, §§ 142—144 h. t. anzuerkennen sein. Die §§ 210, 231—234 I 17 bezeichnen das Verhältniß zwischen dem geschäftsführenden socius und den übrigen Gesellschaftern

zwar künftigen, aber doch schon jetzt zu übersehenden Umstände und Zwecke. Ereignet sich in denselben eine Aenderung, so darf der Machtgeber seinen Auftrag nach freiem Ermessen modificiren oder ganz widerrufen, und ebenso kann der Bevollmächtigte den Auftrag aufkündigen. Solchergestalt tritt die höchst persönliche Seite des Mandatsverhältnisses hervor, welche in l. 1 § 4 D. 17, 1: mandatum originem ex officio (Gefälligkeit) et amicitia trahit . . . anerkannt wird, und sowohl dem römisch=, als dem preußischrechtlichen Satze zum Grunde liegt, daß der Vollmachtsauftrag durch den Tod eines der beiden Contrahenten in der Regel seine Endschaft erreicht, § 10 I (3, 26) ALR. Einl. § 102; I 13, § 186.

Da die dem Sch. ertheilte Specialvollmacht zu Schenkungen auf die Erben gestellt worden ist, so erachtet der Kläger den Ausnahmefall des § 186 für vorliegend, worin ihm jedoch nicht beizutreten ist. Nach dem § 190 a. a. O. greift die Regel, daß der Tod des Machtgebers das Mandat aufhebt, nicht Platz, wenn das Geschäft vermöge seiner Natur erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann. Dahin gehört z. B. der Fall der Bestellung eines Testaments=Exekutors, § 557 I 12 ALR., welche zwar nicht nothwendig durch Testament zu erfolgen hat, aber erst

---

als Vollm., ebenso die §§ 117, 119, 121, 123, 124, 125 des Bergges. das Verh. zwischen Repräsentanten und Grubenvorstand zu der Gewerkschaft. (Ebenso schon StrA. 52 S. 75.) Art. 135 Abs. 2 HGB. spricht vom Erlöschen der Vollmacht des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft. In den Bestimmungen über das Verhältniß der Gesellschafter zu dem geschäftsführenden socius spricht das HGB. nicht von Vollmacht. Ein reines Vollmachts=verhältniß liegt in allen diesen Fällen auch umdeswillen nicht vor, weil die Vertretung der Gesellschaft nach Außen abweichend von dem Verhältn. bei der einfachen Vollm. eignes Recht des Vertreters ist, das ihm nicht willkührlich entzogen werden kann. Vgl. HGB. Art. 101; RG. 2 S. 30. (Unzulässigkeit der Vertretung des geschäftsführenden socius in seiner Stellung als geborenen Vertreters der Gesellschaft und der Eintragung eines solchen Vertreters in das Handelsregister.) Nach innen, im Verhältniß des Vertreters zu den Vertretenen, erscheint der Vertreter aber als Bevollmächtigter.

Ueber das Verhältniß der Staats= und andrer Beamten und inwiefern dasselbe unter die Vollm. einzureihen, vgl. zu II 10. Vgl. auch § 151 II 6.

Verschieden sowohl von der Vollmacht wie von dem in I 14 behandelten Kreditmandat, ist der in den §§ 217 ff. h. t., §§ 207 ff. I 14, ähnlich wie in den röm. Quellen im Anschluß an das Mandat behandelte „Rath und Empfehlung", aufgefaßt wie im gem. R. als Auftrag „zum Vortheil des Mandatars". An sich begründet Rath und Empfehlung kein Rechts=verhältniß, enthält keinen Vertragsschluß, weil aus dem Rath der Verpflichtungswille nicht zu entnehmen ist. Dies gilt für das gemeine und Preuß. bürgerl., wie für das Handelsrecht, OHG. 19 S. 197; 25 S. 346; 9 S. 152; 10 S. 402; 22 S. 118, 121. Uebereinstimmend mit dem gem. R. läßt das ALR. Ansprüche aus Rath und Empfehlung nur mit der actio doli bei dolosem Handeln (wissentlich, § 218) zu, l. 2 pr., l. 6 § 5, l. 12 § 12 D. 17, 1, l. 2, l 7 § 10, l 8 D. 4, 3. Der dolus kann auch hier im Verschweigen, wie im Behaupten bestehn, StrA. 71 S. 337, Erk. b. Nr. 64, Bd. 1 S. 252 u. StrA. 36 S. 230, das. Ein Beispiel giebt StrA. 80 S. 3, wo der um Auskunft über die Kredit=würdigkeit des A. Ersuchte erklärt hatte, daß derselbe bei ihm Kredit längre Zeit gehabt und er über die Regulirung nicht klagen könne, während er fast gleichzeitig in einem Schreiben an den A. selbst demselben sein tiefstes Mißtraun ausgedrückt hatte. Ist dolus festgestellt, so wird derselbe natürlich durch den der Antwort beigefügten Zusatz „ohne Präjudiz", der nur einen neuen dolus enthält, nicht beseitigt, StrA. 80 S. 3, 8. In § 209 I 14 tritt nur subsidiare Haftung (als Bürge) ein, doch sind die §§ 298, 300 I 14 zu beachten. Ein andres Beispiel giebt OHG. 23 S. 153. (Verschweigen früheren Bankrutts.) Dabei wird aber für den allgemeinen Fall des § 217 h. t. das „wissentlich" in § 218 als dolus im strengen Sinne zu nehmen, nicht etwa culpa lata hier dem dolus gleich zu stellen sein; § 19 I 3 kann wie der gemeinrechtliche Satz, daß culpa lata dem dolus gleichsteht, nur auf obligatorische Verhältnisse angewendet werden. Vgl. OHG. 10 S. 402. Wo dolus vorliegt, ist es nach § 68 I 4 gleich, ob der Beschädigte direkt oder durch Mittheilung an einen Dritten getäuscht. In den §§ 207 ff. I 14, die auf dem Grundsatze der §§ 212 ff. h. t. beruhen, wird dagegen c. lata dem dolus gleichgestellt. Einen Fall der actio doli dieser Art behandeln die unt. Nr. 214, Bd. 2 S. 315 mitgetheilten Erk. StrA. 55 S. 1 u. S. 65. Die Absicht

nach Eröffnung eines solchen, also nach dem Tode des Testators, in Wirksamkeit tritt. Anders liegt die Sache, wenn Jemand einen Auftrag übernimmt, dessen Erledigung schon bei Lebzeiten des Mandanten möglich ist. Alsdann wird, damit das Mandat durch den Tod des letzteren nicht erlösche, vom Gesetze unterstellt, daß der Mandatar mit der Ausführung bereits begonnen habe, mithin nur noch die Fortsetzung und Vollendung des übertragenen Geschäftes in Frage stehe. In diesem Sinne präsumirt der § 191 I 13 ALR., der mit kaufmännischen Geschäften Betraute solle sie nach dem Tode des Machtgebers fortsetzen. Ferner wird nach dem § 192 in Prozeßangelegenheiten die Vollmacht durch den Tod des Mandanten nicht aufgehoben, bei welcher Vorschrift, wie aus dem § 59 I 3 §§ 1 ff. I 20 AGO. klar hervorgeht, ein zur Zeit des Todes bereits schwebender und weiter zu betreibender Prozeß vorausgesetzt wird. Zufolge eines, aus dem Vorstehenden zu ziehenden Rückschlusses, gestattet der § 186 I 3 die ausdrückliche Ausdehnung eines Auftrages auf die Erben des Machtgebers nur zu dem praktischen Zwecke, die Vollendung eines Geschäftes durch dieselbe Person, welche bereits mit der Ausführung den Anfang

---

zu beschädigen wird nicht gefordert; die Absicht kann ebenso gut dahin gehn, den Kreditbedürftigen aus Verlegenheit zu helfen. Daraus, daß durch Rath u. Empfehlung kein Rechtsverhältniß entsteht, folgern OHG. 19 S. 196, 201 u. 25 S. 346 für gem. u. sächs. R., daß weder eine Genossenschaft für eine von ihrem Vorstande ausgehende, noch eine Handelsgesellschaft für eine von ihrem Vertreter ausgehende dolose Empfehlung haften. Daß ein Rechtsverhältniß unter Umständen entstehn kann, wird übrigens, ebenso wie im gem. R., für die in den §§ 219—221 h. t. angegebenen Fälle anerkannt; bei Personen, die aus der Ertheilung von Rath und Empfehlung (auch auf Anfrage über Kreditwürdigkeit) ein Gewerbe gegen Entgeld machen, entsteht das Verhältniß wie aus einem Vertrage über Handlungen. Nicht zu verwechseln mit diesem selbstständigen Falle dolosen oder kulposen Raths nach den §§ 217 ff. h. t. u. §§ 209 ff. I 14, ist der Fall, wo in einem bestehenden Vertragsverhältniß, welches auf Seiten der einen Partei die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit Dritter begründet, gegen die Diligenz in dieser Beziehung durch direkte oder indirekte Empfehlung verstoßen wird. Rath und Empfehlung haben hier keine von der Stellung der Partei unabhängige Natur. Darauf weist OHG. 22 S. 119, 121, wo ein kaufmännischer Verkaufsagent ohne die erforderliche Prüfung der Kreditwürdigkeit der Abnehmer verkauft hatte. Hier ist Art. 282 HGB. herangezogen.

Bei der vermutheten Vollmacht, §§ 119—128, handelt es sich in Wahrheit nicht um Vollm., sondern um einen Fall der neg. gestio, die das Gesetz ausdrücklich in den bestimmten Fällen zuläßt. Darüber, daß außer dem persönl. Verhältniß, welches die §§ 119, 120, 122 voraussetzen, auch die Unaufschiebbarkeit hinzukommen muß, ObTr. 18 S. 207 unt. Nr. 83, Bd. 1 S. 329, kann nach § 119 kein Bedenken sein. In StrA. 1 S. 212 ist § 120 auf Mitglieder einer Dorfgemeinde (Beantwortung einer Klage durch 3 Deputirte unter Vorbehalt des Nachbringens der Vollm.), und in StrA. 54 S. 9 auf Streitgenossen bei untheilbarer Sache angewendet, vgl. jetzt § 59 CPO., und aus § 119 in StrA. 91 S. 208 die Befugniß der beleidigten Ehefrau zum Betrieb des Sühneverfahrens im damaligen Injurienprozeß hergeleitet. Selbstverständlich ist, daß die §§ 119 ff. nur eine Vermuthung für den im Interesse des Andern auftretenden, nicht aber z. B. etwa dahin statuiren, daß ein Miteigenthümer, blos weil er Miteigenthümer ist, die Vermuthung gegen sich hat, daß er, was er gehandelt, für den Miteigenthümer gehandelt. In StrA. 50 S. 108 hatten die bäuerlichen Wirthe auf Grund und Boden der Gemeinde ein Armenhaus aus eignen Mitteln erbaut. Die Kossäthen klagten auf Anerkennung des Eigenthums der ganzen Gemeinde und die Instanzen entsprachen dem ohne Weitres, weil die bäuerlichen Wirthe vermuthete Vollm. hätten! Das ObTr. hat vernichtet und abgewiesen. Ebenso kann aus § 119 nicht hergeleitet werden, daß wenn die bei der Wechselprotestaufnahme gegenwärtige Ehefrau gegen die Protestaufnahme nichts erinnert, der Protest trotz Aufnahme nach der zulässigen Protestzeit, Art. 41, 88, 98 Nr. 10 WO.; EG. § 4, gegen den Ehemann gültig. Denn die §§ 119 ff. setzen neg. gestio für den Ehemann, in dessen Interesse, voraus, StrA. 38 S. 355. Ebensowenig kann sich der Dritte auf die vermuthete Vollm. für die Rechtswirksamkeit einer Zahlung an den einen Ehegatten beziehen, wenn sie an Beide als Bevollm. zu leisten war, §§ 206, 207 h. t.

gemacht hat, bewirken zu lassen. Jener Rückschluß rechtfertigt sich durch den nahen inhaltlichen Zusammenhang des § 186 mit den unmittelbar folgenden §§, und durch die Erwägung, daß, wenn die Ausführung noch nicht begonnen war, das Mandat thatsächlich als blos auf die Erben gerichtet erscheint, während es, sofern der § 190 nicht zutrifft, nach dem § 186, wenn es zu Recht bestehen soll, mit auf die Erben gerichtet sein, also nach dem Willen der Kontrahenten wesentlich und zunächst die Vollziehung einer Handlung durch den Mandatar bei Lebzeiten des Machtgebers bezwecken muß. Daß ein Fall des § 190 nicht vorhanden ist, liegt zu Tage, nicht minder, daß das Rechtsgeschäft, durch welches Sch. die Schenkung des Rentenbriefes vermitteln wollte, vollständig der Zeit nach dem Tode des Mandanten angehört. Denn davon, daß dieser mit der fraglichen speziellen Schenkung einverstanden gewesen, und daß deren Thätigung von Sch. bei Lebzeiten des v. R. irgendwie vorbereitet oder eingeleitet worden wäre, konstirt nichts.

Nr. 237. §§ 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13—17, 29 ff., 110, 113, §§ 115 ff.; Anh. §§ 45, 46, §§ 129—132, 140, 141, 147—149. Vollmacht. Der Abschluß des Vollmachtsvertrages. Die Form. Mangel der Form. Ersatz der Form. Stillschweigende Vollmacht.*)

a. Erk. v. 27. Mai 1842; ObTr. 7 S. 368.
b. Präj. 2326 (1333) v. 31. Oktbr. 1851; ObTr. 22 S. 194 (StrA. 3 S. 253).
c. Erk. v. 8. Dezbr. 1871; StrA. 83 S. 191 (91 S. 153).
d. PlPräj. 2196 v. 22. April 1850; ObTr. 19 S. 29.
e. Erk. v. 11. Dezbr. 1868; ObTr. 60 S. 97 (StrA. 71 S. 360).
f. Erk. v. 23. Febr. 1872; ObTr. 67 S. 97 (StrA. 84 S. 226).

Im Falle a. hatte A. im mündlichen Auftrage seines Bruders einen Bauerhof gekauft, bezahlt, der Besitztitel war für ihn berichtigt, von ihm aber demnächst zum gerichtlichen Protokoll erklärt, dass er den Hof für den Bruder mit dessen Gelde gekauft, dass derselbe Eigenthum seines Bruders und dass er in die Besitztitelberichtigung für denselben willige. Als für den Erben des Bruders daraufhin eine Vormerkung seines Eigenthums eingetragen wurde, klagte A. gegen ihn gleichwohl auf Löschung und beide Instanzen verurtheilten, weil die mündliche Vollmacht nach §§ 106, 110, 115 h. t. nicht genügend. Das Ober-Tribunal hat vernichtet. — Im Falle b. hatte A. im Versteigerungstermin 2 Gärten in eignem Namen erstanden, deren Herausgabe als Eigenthum die verw. B. von ihm mit der Behauptung forderte, dass sie ihn schriftlich beauftragt, auf die Gärten für sie „nach der ihm ertheilten Instruktion" zu bieten, welche mündlich dahin gegeben, bis zu einer bestimmten Summe zu bieten, für welche A. dann auch erstanden. Die Instanzen wiesen ab, weil die mündliche Instruktion nicht genüge, ohne ihre Aufnahme in die schriftliche Vollmacht eine solche schriftliche Vollmacht nicht vorliege und ohne diese der Anspruch nicht begründet. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. verlangte der Kläger gegen die beiden Verklagten die Anerkennung seines Miteigenthums zu $1/3$ an einem von dem Mitverklagten in der Subhastation auf seinen Namen erstandenen Grundstück mit der Behauptung, dass zwischen ihm und den Verklagten mündlich verabredet, dass sie das Grundstück auf gemeinschaftliche Rechnung erstehn und der Mitverklagte zu diesem Zwecke auf

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 409; Dernburg 1 §§ 114, 116, 2 § 180; Förster (Eccius) 2 § 141 II. — Die Vollmacht ist Vertrag und unterliegt den allgemeinen Grund=

seinen Namen, aber im Auftrage des Klägers und des andern Mitverklagten erstehen solle. Beide Instanzen wiesen ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle d. hatte A. die Verwaltung seiner Meierei dem B. übertragen und B. im Namen des A. von C. zwei Grundstücke schriftlich gepachtet. Als C. gegen A. das Pachtgeld einklagte, berief A. sich darauf, dass B. keine schriftliche Vollmacht gehabt, § 8 h. t., wogegen C. geltend machte, dass A. die Pacht mündlich, theils ausdrücklich, theils durch Handlungen genehmigt. Es kam in Frage, ob die mündliche oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers dem Dritten gegenüber genügend. Das Plenum hat bejaht. — Im Falle e. hatten die Beklagten im Wege der Exekution gegen O. Ziegelsteine gepfändet, welche der Kläger als sein Eigenthum mit der Behauptung in Anspruch nahm, dass W. durch O. mündlich dazu beauftragt, ihm die Steine verkauft und gegen Zahlung des Preises übergeben habe. Beide Instanzen wiesen auf Grund § 8 h. t. ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle f. stand auf dem Grundstücke des P., Erblassers des Beklagten, für die M. eine Hypothek von 200 eingetragen, welche die Erben der M. gegen die Beklagten einklagten. Diese wendeten ein, dass die M. den P. mündlich beauftragt, die Hypothek 2 Monate nach ihrem Tode an ihren Ehemann zur Bezahlung von Nachlassschulden zu zahlen und dass P. an den Ehemann gezahlt. In 2. und 3. Instanz ist dies für erheblich erachtet.

Gründe: a. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten wird lediglich durch den zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag bestimmt, welcher dadurch zu Stande kommt, daß Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn, und statt seiner zu betreiben, und der Andere diesen Auftrag annimmt, §§ 5, 6, I 13. Dieser Vertrag setzt ein besonderes Vertrauen unter den Kontrahenten voraus, und nach den Vorschriften des Röm.R. hatte eine Täuschung dieses Vertrauens durch Arglist die Infamie zur Folge, l. 6 § 5, § ult. D. 3, 2. Die Person des Bevollmächtigten identifizirt sich gleichsam mit der des Machtgebers, und Alles, was Ersterer bei Ausrichtung des Auftrages erwirbt, kommt dem Letzteren zu Gute. Alle Vortheile gebühren, wie der § 62 I 13 ausdrücklich vorschreibt, falls nicht etwas Anderes verabredet ist, dem Machtgeber; es ist dem Bevollmächt-

---

sätzen über Verträge, was Objekt, Vertragsfähigkeit und Abschluß betrifft. Darauf beruhen §§ 4, 5, 6, 12, 13—17, 18, 20, 29 ff. Die Vertragsfähigkeit auf Seiten des Machtgebers wie des Bevollm. ist nach allgem. Grundsätzen erforderlich, soweit er verpflichtet werden soll; die Unfähigkeit des Bevollm. macht, da er nicht verpflichtet wird, wenn er Namens des Machtgebers handelt, das Geschäft für den Machtgeber nicht ungültig, § 33 h. t. Soweit der Bev. durch die Uebernahme des Auftr. oder dessen Ausführung oder die Ueberschreitung desselben verpflichtet werden kann, muß er verpflichtungsfähig sein. Dies gilt namentlich auch für den falsus procurator, § 9, 96, 128, 171 h. t. (Art. 55, 298 Abs. 2 HGB., Art. 95 WO.), soweit nicht Betrug vorliegt, § 7 Ges. v. 12. Juli 1845. Denn auch der falsus proc. haftet aus der culpa in contr. und die Haftung daraus setzt Kontraktfähigkeit voraus. RG. 6 S. 294 (zu § 125 II 2) u. 6 S. 214 (gem. R.) Für den Abschluß wird nach § 4 ausdrückl. Offerte und stillschweigende Annahme in dem allgem. Sinne, §§ 58 ff. I 4, vorausgesetzt. Bloßes Stillschweigen genügt auch hier nicht, § 12 h. t. Etwas Besonderes ist § 11, wonach der Bevollm. durch die so erklärte Annahme der schriftl. Vollm. ohne eigene Unterschrift gebunden wird. In Zusammenhang damit steht der Satz des Erk. b., daß der Vorbehalt einer Instruktion in der schriftl. Vollm. allein dieselbe nicht ungültig macht, wenn die Instr. nur mündlich oder gar nicht ertheilt. Dabei ist aber festzuhalten, daß konkret der Vorbehalt das Zustandekommen des Vertr. hindern kann, wenn der Vorbehalt sich auf wesentliche Bestandtheile bezieht. Ueber die Wirkung Dritten gegenüber vgl. §§ 92—97 h. t. unter Nr. 241.

I. Für das Erforderniß der Form gelten, soweit es sich um das Verhältniß zwischen Machtgeber und Bevollm. handelt, die allgem. Vorschriften, d. h. Schrift bei Objekt über 50 Thlr., § 131 I 5 § 7 h. t. Dazu treten die besonderen Vorschriften in §§ 110, 111, 114, Spezialvollmacht, §§ 115—117, Anh. §§ 45, 46 über die Beglaubigung bei gewissen Geschäften, vgl. 76 Abs. 2 CPO., wobei es natürlich genügt, wenn die im Aus-

tigten im § 63 verboten, den Auftrag dazu zu gebrauchen, sich ohne Einwilligung des Machtgebers eigene Vortheile zu verschaffen.

Dem Mandatar kann es daher nicht zu Statten kommen, wenn er zur Umgehung dieses Verbots den ausgeführten Auftrag in die Form kleidet, als habe er im eigenen Namen mit dem Dritten kontrahirt. Er handelt deshalb nicht minder im Namen des Machtgebers, er verwendet, wie im vorliegenden Fall, die ihm anvertrauten Gelder zur Ausführung des Geschäfts, und hat auch die Absicht, für den Mandatar zu handeln und zu erwerben. Nur gegen den Dritten macht er sich persönlich verbindlich, wenn er ihm gegenüber sich als Kontrahenten im eigenen Namen darstellt. Wollte er dagegen seinem Machtgeber gegenüber für sich erwerben, so würde er dessen Vertrauen täuschen und sich unerlaubte Vortheile aneignen. Aus unerlaubten Handlungen überkommt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte, § 35 I 3. Auch ergeben ferner die §§ 153—156 I 13, daß es in Beziehung auf den Machtgeber gleichgültig ist, ob der Bevollmächtigte im eigenen Namen kontrahirt hat, und daß hierdurch ihr Verhältniß nicht geändert werden kann. Wenn im § 154 a. a. O. davon die Rede ist, daß der Bevollmächtigte blos in seinem eigenen Namen kontrahirt hat, so muß doch dabei das Mandatsverhältniß als fortbestehend gedacht sein, weil sonst von seiner Qualität als Bevollmächtigten bei einem solchen Kontrakt nicht die Rede sein könnte. Im Fall des § 156, wenn ein Beamter in seinem eigenen Namen kontrahirt hat, ist sogar unter den im Gesetz angegebenen Umständen, wenn es nämlich bekannt gewesen, daß der Gegenstand der Verhandlung wirklich Amtsangelegenheiten waren, dem Dritten die Wahl gelassen, ob er sich an seinen Mitkontrahenten oder an die Kasse oder Anstalt, welcher derselbe vorgesetzt ist, halten wolle. Dies wäre unmöglich, wenn dadurch, daß der Bevollmächtigte im eigenen Namen kontrahirt, das Geschäft mit gänzlicher Beseitigung des Mandatsverhältnisses in jeder Beziehung zu dem seinigen würde. Ebenso verhält es sich nach § 130 I 14 bei dem Verwalter. Das Eigenthum, welches der Bevollmächtigte mithin vermittelst solcher Verträge auf seinen eigenen Namen erworben hat, gehört nicht ihm, sondern seinem Machtgeber, da Letzterem nach § 62 I 13 alle Vortheile, welche aus den aufgetragenen Geschäften entstehen, zu Statten kommen.

Der App.-Richter hat indessen noch behauptet, ein mündlicher Auftrag sei zum Ankauf eines Grundstücks nicht genügend, nach dem § 106 I 13

---

lande ausgestellte Vollm. von einem dortigen Richter oder Notar beglaubigt wird, ObTr. 35 S. 36 (StrA. 24 S. 26). Daß aus dem Wesen der Vollmacht folgt, daß die §§ 198, 200 II 1 auf Vollmachten unanwendbar, welche Eheleute einander ertheilen, darüber vgl. daselbst ObTr. 19 S. 236 u. StrA. 43 S. 94. Die Vorschriften des HGB. Art. 277, 317 (vgl. Art. 297, 298) wirken auch hier ein. Von der Form ist danach zweifellos befreit die von einem Kaufmann im Handelsgewerbe ertheilte Vollmacht, nach der weitgehenden Praxis aber auch die Vollmacht des Nichtkaufmanns an den Nichtkaufmann zum Abschluß eines Geschäfts, welches nur auf Seiten des Dritten ein Handelsgeschäft ist, es müßte denn sein, daß der Abschluß eines Handelsgeschäfts in der Vollm. ausdr. oder stillschw. ausgeschlossen. So OHG. 7 S. 57 (vgl. auch 2 S. 98) u. 15 S. 257, 331, wo ausgeführt wird, daß der Art. 317 auch auf präparatorische Rechtshandlungen anzuwenden, welche Voraussetzung des Eingehens des Handelsgeschäfts sind, also auch auf Vollm. zu Handelsgeschäften, d. h. die Form des abgeschlossenen Geschäfts soll für die Form der Vollm. genügen, oder weil der Machtgeber gebunden sein würde, wenn er selbst kontrahirt, soll er gebunden sein, wenn er durch einen Bevollm. kontrahirt. Aus den Bestimmungen des ALR. ist der Schluß zweifellos nicht zu rechtfertigen. In StrA. 64 S. 294 u. 70 S. 64 hat aber auch das ObTr. u. in RG. 3 S. 307 auch das RG. den Satz gebilligt, der mit dem PlPräj. 2585, Bd. 1 S. 328 nicht zu vereinen. Die praktische Bedeutung zeigt der Fall StrA. 70 S. 64. Der Kaufmann A. hatte den B. mündlich zum Verwalter einer Herrschaft bestellt und B. an Kaufmann C. mündlich Gutshölzer verkauft. A. war in Bezug auf das Gut nicht Kaufmann, wurde aber auf die Klage des C. in 2. u. 3. Instanz verurtheilt, weil der Kauf für C. Handelsgeschäft und die mündliche Vollmacht für B. genüge, da A. habe voraussetzen müssen, daß die Vollm. auch zu Handelsgeschäften Veranlassung geben werde.

Die §§ 112, 113 über Vollm. in blanco weichen von den allgem. Grundsätzen über

vielmehr eine Spezialvollmacht erforderlich, die nach §§ 110, 115 a. a. O. nicht blos schriftlich, sondern notariell oder gerichtlich ausgestellt oder anerkannt sein müsse. Dies Gesetz ist indeß hier augenscheinlich ganz unpassend angewendet. Zuvörderst ist nicht abzusehen, wie der App.-Richter nach dem von ihm festgestellten Sachverhältniß eine Spezialvollmacht vermissen kann, da er selbst anführt, es sei angeblich ein mündlicher Auftrag, den Bauerhof für den Bruder des Klägers zu kaufen, vorhanden gewesen. Er versteht also unter Spezialvollmacht nur eine schriftliche Vollmacht, und verlangt selbst eine notariell oder gerichtlich beglaubigte. Die von ihm angeführten Vorschriften beziehen sich aber lediglich auf die Legitimation des Bevollmächtigten, dem Dritten gegenüber, mit welchem er im Namen des Machtgebers verhandeln will. Sie enthalten die Bestimmungen darüber, inwiefern eine generelle Vollmacht genügt (§ 98) oder inwiefern solche auf das zu unternehmende Geschäft besonders lauten muß. Von einer solchen Vollmacht kann da überhaupt keine Rede sein, wo der Bevollmächtigte nicht im Namen des Machtgebers, sondern in seinem eigenen mit dem Dritten kontrahirt und sich diesem allein verpflichtet. Die Vorschriften darüber, ob ein Vollmachtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und Bevollmächtigten existirt, befinden sich an einem ganz andern Ort, nämlich in den §§ 5—12 I 13. Hier ist nun allerdings in den §§ 7 und 11 vorgeschrieben, daß da, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, auch die Vollmacht schriftlich ertheilt werden müsse. So wenig aber der Mangel eines schriftlichen Vertrages der Regel nach das Geschäft, wenn es mündlich abgeschlossen worden, nichtig macht, in solchem Falle vielmehr, sobald es von keinem Theil erfüllt ist, das Gesetz blos keine Klage gestattet (I 5 § 155), ebensowenig ist eine solche Nichtigkeit beim Vollmachtsvertrage vorhanden. Vielmehr finden auch hier alle diejenigen Vorschriften Anwendung, welche für die Fälle gegeben sind, wenn mündliche Verträge ganz oder zum Theil erfüllt werden, §§ 156 flgd. I 5. Im vorliegenden Falle hat nun der App.-Richter das Sachverhältniß dahin festgestellt, daß von dem Bevollmächtigten zu gerichtlichem Protokoll anerkannt worden, sein Bruder habe die sämmtlichen Gelder zu dem Kaufe des Bauerguts 2c. hergegeben, und er habe das Geschäft nur in dessen Auftrage geschlossen.

Es findet also auch die Vorschrift des § 185 I 5 Anwendung, wonach derjenige, welcher sich schriftlich oder zu Protokoll zu einem mündlich geschlossenen Vertrage

Verpflichtung durch Unterschr., Erk. b., Nr. 82, Bd. 1 S. 323, ab. Sie sichern nach § 113 aber nur den Dritten, in dessen Interesse sie gegeben.

Beim Mangel der Form treten im Verhältniß zwischen Machtgeber und Bev. nach konstanter Praxis die Bestimmungen in §§ 155 ff. I 5 in Wirkung, d. h. der Machtgeber kann aus der Vollm. so wenig wie der Bevollm. auf Erfüllung klagen, aber die Erfüllung des Vertrages seitens des Bevollm. heilt den Formmangel. Davon gehen die Materialien GesRev. I S. 207 wie der im Erk. c. citirte Beschl. der Gesetz-Kommission aus. Es ist auch nicht zu leugnen, daß die Vollm. die Elemente eines Vertr. über Handlungen im allgem. Sinne in sich enthält. Dabei ergiebt sich aus dem Begr. der Vollm., daß es gleichgültig, ob der Bevollm. im eignen Namen oder im Namen des Machtgebers gehandelt hat, zweifellos, wenn er im eigenen Namen handeln sollte, aber nach dem Erk. b. auch wenn er es nicht sollte. Die Folge ist nicht sowohl, daß der Machtgeber gegen den durch gültigen Vertrag mit dem Bev. gebundenen Dritten klagen kann, § 10, denn der Dritte würde ex jure tertii exzipiren, daß keine schriftl. Vollm. vorhanden, — als vielmehr, daß der Machtgeber gegen den Bevollm. aus der Ausführung nach §§ 61 ff. h. t. klagen kann, Erk. a. b. c., weil die dort statuirten Pflichten vom Gesetz an die Ausführung geknüpft, und andrerseits auch, daß der Machtgeber nach §§ 65 ff., 82 ff. dem Bevollm. gegenüber zum Ersatz der Auslagen, Belohnung und zur Liberation von den übernommenen Verbindlichkeiten verpflichtet. Daraus folgt nicht, daß der Machtgeber, der ohne schriftl. Vollm. nach § 8 dem Dritten aus dem abgeschlossenen Geschäft nicht verpflichtet, dem Bev. gegenüber zur Genehmigung des Geschäfts verpflichtet, denn diese Verpflichtung hat der Bev. selbst dem Dritten gegenüber nicht, § 9 h t., wenn er nicht im eignen Namen gehandelt hat. Im letztern Falle kann es im Effekt dahin kommen, daß der Machtgeber das ausgeführte Geschäft, zu dessen Erfüllung nichts mehr seinerseits zu thun, gegen sich gelten lassen muß, und daß er z. B. den vom Bev. gezahlten Kaufpreis gegen

bekannt hat, so weit, als die Verabredungen aus diesem Anerkenntniß erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen kann. Hiernach ist der Mangel der schriftlichen Vollmacht zwischen dem Mandanten und Mandatar völlig geheilt, indem der ertheilte Auftrag aus dem Anerkenntniß und der ferneren Erklärung, daß alle erworbene Besitz- und Eigenthumsrechte dem Machtgeber gehören und diesem abgetreten würden, vollständig hervorgeht.

Die Beschwerde, daß der § 106 I 13 a. a. O. auf einen Fall angewendet worden, für welchen er nicht bestimmt sei, ist mithin in jeder Hinsicht begründet.

Der Verklagte hat zwar die von dem App.-Richter noch allegirten §§ 110, 115 nicht als verletzt bezeichnet; er hat indeß den Grundsatz, daß eine gerichtliche oder notariell beglaubigte Vollmacht erforderlich sei, ausdrücklich als unrichtig angefochten. Ueberdies ist auch die Rüge, daß der § 106 unpassend angewendet worden, zur Vernichtung des zweiten Urtels genügend. Denn wenn, wie gezeigt, im vorliegenden Falle zur Legitimation des Bevollmächtigten keine Spezialvollmacht erforderlich war, so konnte auch keine beglaubigte nothwendig sein, und die Bemerkung, welche Form die Vollmacht hätte haben müssen, ist gleichgültig. Es ist nur ein und derselbe Entscheidungsgrund, welcher durch die unpassende Anwendung des § 106 völlig erledigt wird.

Gründe: b. An und für sich ist eine dem Bevollmächtigten zu ertheilende besondere Instruktion kein wesentlicher Theil des Vollmachts-Vertrages, sondern ein Akt, welcher fehlen kann, ohne daß dadurch die Gültigkeit oder Vollständigkeit des Vollmachts-Vertrages irgendwie betroffen wird. Dagegen verstößt der App.-Richter auch nicht, er nimmt aber an, daß, wenn in der schriftlichen Vollmacht auf eine besondere Instruktion Bezug genommen worden, diese durch die Bezugnahme ein wesentlicher und integrirender Theil des Vertrages werde und aus diesem Grunde gleich die Vollmacht schriftlich abgefaßt sein müsse.

Es kann zugegeben werden, daß die Instruktion in dem bezeichneten Falle einen wesentlichen Theil des Geschäftes überhaupt bilde. Denn einerseits kann in einem solchen Falle der Dritte, wenn nicht die in den §§ 93, 94 I 12 bezeichneten Ausnahmen vorliegen, vor jeder Unterhandlung mit dem Bevollmächtigten die Vorzeigung der Instruktion fordern, § 92. Andererseits kann aber auch der Bevoll-

---

Empfang der Sache ersetzen muß. Von den mitgetheilten Erk. hat das Erk. a. insofern nichts Besonderes, als in dem Falle der Mangel der Schrift durch das Anerkenntniß gemäß § 185 I 5 geheilt war. Aber grundsätzlich geht dies Erk. wie die zu b. und c. weiter. Es stellt namentlich die Bedeutung der Formvorschrift für Spezialvollmachten fest. Sie bestimmen den Umfang der Vollm. und die Legitimation des Bevollm. dem Dritten gegenüber, besagen aber nicht, daß der mündlichen Vollmacht für den Gegenstand der Spezialvollm. keine Bedeutung beiwohne.

Daß der Anspruch des Bevollm. gegen den Machtgeber durch die Ausführung des Auftrags in gleicher Weise wie nach § 165 I 5 bei Vertr. über Handlungen durch die Leistung der Handlung begründet wird, die Ausführung den Mangel der Form heilt, hat die Praxis ebenfalls konstant festgehalten. So begründet wird in ObTr. 11 S. 375 der nach Art. 317 HGB. jetzt ganz zweifellose Satz, daß der Kommissionär auch bei mündl. Auftr. zum Ankauf von Waaren im Werthe von mehr als 50 Thlrn. vom Kommittenten Auslage und Provision fordern kann. Ausgeführt wird, daß die §§ 7, 11 h. t. den § 165 I 5 nicht beseitigen, daß die schriftliche Form der Vollm. zunächst und wesentlich nur erforderlich, um den Bevollm. gegen den Dritten zu legitimiren und das Geschäft für die beiden Kontrahenten (Machtgeber und Dritten) klagbar zu machen, daß es im Uebrigen aber bei dem Satz verbleibe, daß die Leistung der Handlung die mündliche Stipulation verbindlich mache, die Erfüllung des Auftrags durch die Handlung des Beschaffens der Sachen den Anspruch auf Ersatz des ausgelegten Preises begründe. Aehnlich deduzirte StrA. 3 S. 248 für den jetzt nach Art. 317, 381 HGB. ebenfalls zweifellosen Fall des Anspruchs des Spediteurs gegen den Befrachter aus dem mündlichen Speditionsauftrage: Habe der Spediteur erfüllt, so sei sein Anspruch begründet, möge man ihn als Vertr. über Handl. oder als Vollm. auffassen. Die Verbindlichkeit des Machtgebers gegenüber dem Bevollm., der erfüllt, sei von der Form unabhängig. Der Entstehungsgrund der Verbindlichkeit sei die Ausführung. In ObTr. 15 S. 196, 205 hatte A.

mächtigte die Ausführung des Auftrages so lange verweigern, bis ihm die Instruktion ertheilt worden, weil er sonst in die Gefahr kommt, die Grenzen, welche der Machtgeber ihm ziehen will, zu überschreiten und für allen daraus entstehenden Schaden aufkommen zu müssen, § 49 ff. Daraus folgt indessen nicht, daß der Vollmachts-Vertrag, in welchem auf eine Instruktion Bezug genommen worden, in Ermangelung einer solchen ungültig oder durchaus wirkungslos sei, daß also daraus für den Bevollmächtigten gar keine Verbindlichkeit entstehe und derselbe sich sonach auch ohne Kündigung für nicht gebunden erachten könne. Der App.-Richter verwechselt, indem er dies annimmt, den Vollmachts-Vertrag, d. h. den von dem Bevollmächtigten angenommenen Auftrag, für den Machtgeber und statt desselben ein Geschäft zu betreiben, §§ 5, 6, 11 a. a. O., mit dem, was nach der Art des Geschäfts, oder nach dem Inhalt der Vollmacht erforderlich ist, und von dem Machtgeber gewährt werden muß, um den Bevollmächtigten in den Stand zu setzen, den Auftrag auszuführen. Zu dem, was in der letzteren Beziehung erforderlich ist, gehört auch die vorbehaltene Instruktion. Sie kann, wenn ein gültiger Vollmachts-Vertrag geschlossen ist und so lange derselbe besteht, jederzeit nachgeholt, ergänzt, verändert werden. Der gültig geschlossene Vollmachts-Vertrag bleibt aber bei Kräften, wenngleich die vorbehaltene Instruktion nicht ertheilt wird; es kann nur, weil ein zur Ausführung des Geschäfts erforderlicher Akt nicht gewährt worden, von dem Bevollmächtigten nicht verlangt werden, daß er auf Grund des an sich gültigen Vertrages handele. Zwar sucht der Implorat die Entscheidung des App.-Richters für den Fall, daß der angefochtene Theil der Entscheidungsgründe nichtig sein sollte, durch die Hinweisung zu halten, daß der App.-Richter in facto angenommen habe: Implorat habe das fragliche Kaufgeschäft gar nicht als Mandatar der Klägerin, sondern in eigenem Namen geschlossen und daß Implorantin diese Annahme gar nicht angegriffen habe. Die Entscheidung beruht indessen wesentlich nicht darauf, sondern auf der Annahme, daß ein gültiger Vollmachts-Vertrag wegen der blos mündlich ertheilten Instruktion nicht vorliege.

In der Sache gründet Klägerin ihre Klage darauf, daß sie den Verklagten mündlich und schriftlich beauftragt, die Gärten für sie zu kaufen, daß der Verklagte den Auftrag auch angenommen, dennoch aber die Gärten auf seinen Namen und für sich gekauft habe. Sie hat dem Verklagten darüber den Eid zugeschoben. Auf

---

den B. mündlich beauftragt, Aktien für ihn zu zeichnen, B. gezeichnet, A. 50 Aktien bewilligt erhalten, auf welche B. 10 Proz. für ihn einzahlte. Als die Aktien später fielen und B. die Aktien deshalb mit Genehmigung des A. verkauft hatte, klagte B. gegen A. auf Erstattung der Einzahlung. Auch hier ist gegen beide Instanzen unter Bezug auf das Gutachten der GesKommission v. 3. Dez. 1793 (vgl. Erk. c.) und auf Grund §§ 155 ff. I 5 verurtheilt, da A. die Erfüllung des mündl. Auftrags angenommen und durch den Auftr. zum Verkauf der Aktien über dieselben wie über sein Eigenthum verfügt hatte. Was der Bevollm. bei Besorgung des Auftrags aufwenden muß, sagt das ObTr. in den Gründen, ist so zu betrachten, als ob der Machtgeber es erhalten.

Hierher gehören auch noch ObTr. 9 S. 233, Präj. 1257, u. 13 S. 168, 177. In erstrem Falle hatte A. schriftlich mit B. paktirt, daß dieser für ihn im Konkurse des C. eine Nominalforderung von 500 geltend machen, erheben und was er über 200 erhalten würde, an A. abführen solle, den B. dann aber mündlich beauftragt, den Ueberschuß an D., der dabei zugegen war, zu zahlen, was B. gethan. Als A. trotzdem gegen B. auf Zahlung des Ueberschusses klagte und B. sich auf die Zahlung an D. berief, verurtheilten die Instanzen zur nochmaligen Zahlung, weil D. nach §§ 105, 110 h. t. schriftl. Vollm. bedurft. Das ObTr. hat vernichtet und abgewiesen, indem es ausführt, daß § 105 h. t. voraussetze, daß der Bevollm. dem Dritten gegenüber sich erst noch legitimiren soll, was hier nicht mehr erforderlich, und sich auf die unten erörterten §§ 147—149 h. t. bezieht, die auch den Fall treffen, wo der Dritte mündlich auch nur zum Empfang einer Zahlung berechtigt bezeichnet, was gewiß richtig, da auch Zahlung und Zahlungsempfang Rechtsgeschäft ist. Genügt hätte auch hier der obige Grundsatz von der Wirkung der Ausführung des mündl. Auftrags. In dem zweiten bereits unter Nr. 192, Bd. 2 S. 76 erwähnten Falle hatte A. an B. durch Punktation 30 Morgen Land verkauft und B. ihn mündlich beauftragt, die 30 Morgen an C., dem er, B., dazu verpflichtet

diesen Eid hat erkannt werden müssen und zwar dahin, daß Klägerin ihn (den Verklagten) weder schriftlich noch mündlich beauftragt habe, die fraglichen Gärten für sie zu erstehen. Das Präj. 1333 (Präj.-S. S. 76) hat bereits festgestellt, daß der Mandatar, welcher den mündlich ertheilten Auftrag erfüllt hat, verbunden ist, die in Folge jenes Auftrages erworbenen Sachen dem Machtgeber zu überlassen, und daß er diesem den Einwand, der Gegenstand des von ihm ausgeführten Geschäftes habe einen schriftlichen Kontrakt erfordert, eine schriftliche Vollmacht sei ihm aber nicht ertheilt worden, nicht entgegensetzen kann. Dieses Präj. beruht wesentlich auf den Vorschriften §§ 155 ff. I 5 und §§ 61 ff. I 13 ALR.

In dem damaligen Falle ging die mündliche Vollmacht allerdings ausdrücklich dahin, daß der Bevollmächtigte in seinem Namen kaufen sollte, und insofern liegt der vorliegende Fall anders, in der Sache macht dies indessen keinen Unterschied. Wer einen Auftrag übernimmt, tritt, so lange als das Vollmachts-Verhältniß fortbesteht, ganz an die Stelle des Machtgebers. Was er in Bezug auf den Auftrag thut, geschieht daher zum Besten des Machtgebers. Dies muß bis zu einer entgegengesetzten Erklärung, d. h. bis zur Zurückgabe des Mandats, ohne Weiteres angenommen werden, weil es ein Widerspruch in sich selbst sein würde, wenn man voraussetzen oder zugeben wollte, daß der Bevollmächtigte, der die Verpflichtung für den Machtgeber zu handeln übernommen hat und daher redlicher Weise nur für diesen handeln kann, dennoch für sich zu handeln die Absicht gehabt habe. Eben deswegen muß auch, wenn der Bevollmächtigte den Vertrag, den er in Folge des Auftrags für den Machtgeber schließen sollte, auf seinen Namen geschlossen hat, angenommen werden, daß der Bevollmächtigte dabei nicht die Absicht gehabt, für sich selbst zu erwerben, sondern daß diese Form des Abschlusses nur das, in Ermangelung einer ihn gehörig legitimirenden Vollmacht nothwendige Mittel gewesen ist, um den Auftrag zur Ausführung zu bringen. Muß dies aber angenommen werden, dann findet das vorgedachte Präj. auch auf den vorliegenden Fall Anwendung und der Bevollmächtigte kann sich unter der Vorschützung, daß er für sich gehandelt habe, seiner Verpflichtung, die in Folge des Auftrags erworbene Sache dem Machtgeber herauszugeben, nicht entziehen.

Gründe: c. Der App.-Richter ist zur Abweisung des Klägers durch die Erwägung gelangt, daß nach § 170 I 17 ALR. Gesellschaftsverträge bei Strafe der

---

war, zu übergeben oder zu verkaufen und zu übergeben, den C. davon in Kenntniß gesetzt und B. demgemäß verfahren. Hier hat das ObTr., um die Erfüllung an C. als Erfüllung durch A. an B. gelten zu lassen, auch auf § 148 h. t. sich berufen, weil nach der festgestellten Sachlage B. auch das Geschäft mit C. genehmigt hatte. Aber die Ausführung des Auftrages und daß B. darnach die an C. erfolgte Erfüllung als an sich erfolgt gelten lassen müßte, genügte, um die nochmalige Erfüllung durch A. abzulehnen, die jedenfalls ohne dolus nicht gefordert werden konnte. Vgl. auch für das mand. qualif. das auf gleichen Grundsätzen beruhende Erk. ObTr. 38 S. 105 (StrA. 28 S. 169) zu I 14 §§ 295 ff.

Etwas anders lagen die Fälle StrA. 20 S. 100 u. 56 S. 179. In jenem hatte A. sen. den A. jun. mündl. beauftragt, den B. zu beauftragen, für A. sen. zu kaufen, A. jun. den B. mündlich in diesem Auftrage beauftragt, B. gekauft, aber wieder verkauft und A. sen. ihn auf Herausgabe des erlangten Vortheils verklagt. Hier ist die Klage abgewiesen: An sich sei die Klage nach §§ 60—65, Präj. 1333, 2326 zwar auch bei mündl. Auftrage begründet, aber vorausgesetzt werde dabei, daß der Auftr. von A. sen. selbst oder seinem legitimirten Bevollm. ertheilt, was hier nicht der Fall, da A. jun. keine schriftl. Vollm. gehabt. Ein Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten sei nicht entstanden. In StrA. 56 S. 179 hatte A. im mündlichen Auftrag des C. den B. mündlich beauftragt, dem C. ein Darlehn gegen Hypothek und Verzinsung zu verschaffen, B. den Auftrag ausgeführt und gegen C. auf Zahlung der mündlich stipulirten Provision von 1 Proz. geklagt. Das ObTr. deduzirt unter Bezug auf Mater. GesRev. I S. 207, daß auch bei Vollm. (Auftr. zur Verschaffung eines Darlehns als Auftr. zum pact. de mutuo dando als Vollm.) der Grundsatz der Heilung des Formmangels durch Erfüllung, § 165 I 5, gelte, der direkte Anspr. des B. gegen C. aber voraussetze, daß C. den Auftr. des A. an B. genehmigt. Hier sieht demnach das ObTr. den B. als den Dritten an, der nach § 8 h. t. gegen C. nur einen Anspruch aus

Nichtigkeit schriftlich zu errichten seien, der Fall des § 171 daselbst den Erwerb durch gemeinschaftliche Verwendungen der Gesellschafter zur Voraussetzung habe, der Anspruch des Klägers somit völlig unberechtigt, aber auch abgesehen hiervon, der gestellte Antrag verfehlt sei, da der Kläger nicht, wie geschehen, Anerkennung seines Miteigenthums zu $^1/_3$, sondern nur Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums und Uebertragung des Miteigenthums zu $^1/_3$ hätte begehren können.

Es ist richtig, daß der Anspruch des Klägers auf eine durch Vertrag entstandene Gemeinschaft nicht gegründet werden kann, da zur Errichtung eines solchen Vertrages die Schriftform nach § 170 a. a. O. bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist. Auch darin ist dem Imploranten nicht beizupflichten, wenn er die von ihm im Bietungstermin entfaltete Thätigkeit als eine Verwendung im Sinne des § 171 a. a. O. betrachtet wissen will. Nach § 171 wird, wenn nur mündliche Abreden getroffen sind, gleichwohl aber durch die gemeinschaftlichen Verwendungen der Gesellschafter etwas erworben worden ist, ein solcher Erwerb als gemeinschaftliches Eigenthum, welches aus einer zufälligen Begebenheit entstanden, betrachtet. Hier ist unter gemeinschaftlichen Verwendungen nur die Aufwendung von Vermögensobjekten, insbesondere von Geld verstanden.

Mit Recht aber rügt der Implorant, daß der App.-Richter das in jenem Sachverhalt liegende Mandatsverhältniß rechtsirrthümlich außer Acht gelassen habe. Ist die Sache so, wie der Kläger behauptet, so hat der Mitverklagte von ihm den Auftrag erhalten, die Grundstücke nebst den Brandkassengeldern für ihn zu dem ideellen Antheile von $^1/_3$ mitzuerwerben, der Mitverklagte diesen Auftrag angenommen und auf Grund dessen die Objekte der Subhastation ersteigert. Da es sich um einen Gegenstand von mehr als 50 Rthlrn. handelt, so hätte der Vollmachtsvertrag zwar, um von vornherein nach beiden Seiten bindend zu sein, nach § 131 I 5 ALR. schriftlich errichtet werden müssen, aber dieser Formmangel ist geheilt, wenn der Bevollmächtigte den nur mündlich geschlossenen Vertrag erfüllt hat. Wie schon in dem Beschluß der Gesetzkommission v. 3. Dez. 1793 (Rabe, Samml., Bd. 2 S. 542) anerkannt ist, daß ein Mandatarius, der ein ihm mündlich aufgetragenes Geschäft erfüllt hat, von dem Mandanten verlangen könne, daß er ihn wegen des im Gefolge des Auftrages mit dem Dritten geschlossenen Kontrakts mit diesem außer Verbindung setze und ihn entschädigen müsse, — so kann auch umgekehrt der Bevollmächtigte sich den Rechtsfolgen der durch die Erfüllung des ihm ertheilten Auftrages ge-

---

dem durch den Bevollm. A. geschlossenen Geschäft hat, wenn C. beim Mangel der Schriftform der Vollm. an A. durch Genehmigung verpflichtet. In jenem Falle war B. der Dritte, der dem A. sen. aus dem Auftrage durch A. jun. nicht verpflichtet, weil diesem Geschäft die bindende Form fehlte.

II. Wesentlich anders ist die Bedeutung der Form der Vollm. für das Verhältniß zwischen dem Machtgeber und dem Dritten. Nach § 10 h. t. kann der Machtgeber zwar gegen den Dritten aus dem vom mündlich Bevollm. mit demselben gültig geschlossenen Geschäft klagen, vorausgesetzt nach §§ 153, 154 h. t., daß der Bevollm. im Namen des Machtgebers gehandelt hat, da ohnedies ein Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und dem Dritten nicht entsteht, der Machtgeber nur mit Cession des Bevollm. gegen den Dritten auftreten kann, StrA. 15 S. 192, 51 S. 92. Vorausgesetzt ist auch, daß es sich um ein Geschäft mit dem Dritten handelt, nicht um eine einseitige Willenserklärung des Machtgebers, durch welche ein Rechtsverhältniß zu dem Dritten verändert wird, ohne daß dieser zu konsentiren braucht, z. B. Kündigung. Vgl. ObTr. 78 S. 22 unter Nr. 241; Dernburg 1 § 114 Anm. 8. Aber der Dritte kann nach § 8 h. t. gegen den Machtgeber ohne Unterschied, ob die Vollm. ein Obj. über oder unter 50 Thlr. betrifft, StrA. 37 S. 236 GesRevPens. 14 S. 216 ff., auf Erfüllung nur klagen, wenn der Machtgeber schriftliche Vollm. ertheilt hat. Dies gilt, da § 33 Einl. sich nur auf die Form, nicht auf die Wirkung der Verträge bezieht, nach StrA. 59 S. 60 auch dann, wenn der Vollmachtsvertrag in einem Rechtsgebiete geschlossen, wo der § 8 nicht gilt. In dem Falle hatte A. in Bonn, wo Art. 1958 C. civ. gilt, den B. in Dortmund mündlich beauftragt, für ihn mit C. einen Vertrag zu schließen, aus dem C. dann gegen ihn auf Erfüllung klagte. Die Klage ist in 2. und 3. Instanz abgewiesen, weil es sich darum handelte, ob A. aus dem im Gebiete des ALR. geschlossenen Vertrage mit dem Dritten (C.) verhaftet, die von A. durch den mündlichen

schaffenen Sachlage nicht entziehen und darf dem Mandanten das für diesen Erworbene nicht vorenthalten, ALR. I 5 §§ 155 ff. Daß der Bevollmächtigte bei dem Abschluß des ihm aufgetragenen Geschäfts im eigenen Namen gehandelt hat, berührt nur das Rechtsverhältniß zu dem Dritten, nicht aber das Verhältniß des Mandatars zum Mandanten. Wie insbesondere in dem Erk. ObTr. 22 S. 194*) näher dargethan ist, muß, auch wenn der Bevollmächtigte den Vertrag, den er in Folge des Auftrages für den Machtgeber schließen sollte, auf seinen Namen geschlossen hat, angenommen werden, daß der Bevollmächtigte hierbei nicht die Absicht gehabt hat, für sich selbst zu erwerben, sondern daß diese Form des Abschlusses nur das in Ermangelung einer ihn gehörig legitimirenden Vollmacht nöthige Mittel gewesen ist, um den Auftrag zur Ausführung zu bringen. Im vorliegenden Falle ist überdies besonders unter Beweis gestellt, daß der Mitverklagte noch im Bietungstermine der Absicht Ausdruck gegeben, dem Auftrage des Klägers zu entsprechen. Es macht in Bezug auf die hier besprochene Rechtsfolge keinen Unterschied, wenn der Auftrag nicht schlechtweg dahin lautete, für den Mandanten zu kaufen, sondern dahin, die Sache zu gemeinschaftlichem Eigenthum der Mandanten und des Mandatars selbst zu erwerben. Bei der Erwerbung zu gemeinschaftlichem Eigenthum erwirbt jeder Betheiligte einen idealen Antheil an der Sache, welcher zu seinem besonderen Vermögen gehört. Für die Erwerbung eines solchen Idealantheils durch einen Bevollmächtigten ist es rechtlich gleichgültig, daß der Bevollmächtigte zugleich für sich und für einen Dritten je einen Idealantheil erwerben sollte. Wenn aber hiernach bei einem Auftragsverhältnisse, wie das vorliegende, der Beauftragte durch die Erwerbung der Sache in eigenem Namen der mündlichen Verabredung entsprechende Idealantheile an derselben für sich und jeden der Auftraggeber erwirbt, so stehen sie thatsächlich in dem Verhältniß von Miteigenthümern, auch wenn ein gültiger Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen, und communio incidens im Sinne des § 171 a. a. O. nicht eingetreten ist.

Da dieses Rechtsverhältniß dem Kläger von den beiden Verklagten bestritten wird, so ist derselbe auch befugt, diesen Streit im Prozeßwege zum Austrage zu

---

*) Erk. b.

Bevollmächtigten abgegebene Willenserklärung bezüglich des Vertrages als im Gebiete des ALR. abgegeben galt und die Wirkung dieser Erklärung deshalb nach ALR. zu beurtheilen war. Der § 8, sagt das ObTr., betrifft das Verhältniß zwischen Machtgeber und Dritten und findet deshalb überall Anwendung, wo dies Verhältniß zur Entstehung und Wirkung gekommen, mag man in § 8 eine Vorschrift über Form oder Inhalt finden.

Die Folge der mangelnden Form ist nach § 8 der Fortfall des Anspr. auf Erfüllung aus dem Geschäft. Nach dem Grundsatz des PlPräj. Erk. d. wird aber hier der Mangel der Form durch die, wenn auch nur mündlich oder stillschweigend, durch Handlungen erklärte Genehmigung des Geschäfts (nicht der Vollm.) geheilt, und zwar genügt die Genehmigung, sei es dem Dritten, sei es dem Bevollm. gegenüber. Der Grundsatz war bereits in ObTr. 9 S. 229, 232 (vgl. weiter unten) angenommen, ebenso in dem Präj. 1240 (PräjS. I S. 77), welches aussprach, daß auch bei Obj. über 50 Thlr. der Dritte aus dem mit dem mündlich Bevollm. in verbindlicher Form geschlossenen Geschäft dem Machtgeber gegenüber bis zur erfolgten Erklärung desselben gebunden, und daß das Geschäft durch Genehmigung Seitens des Machtgebers für beide Theile verbindlich werde. Im Grunde stimmte damit auch der bei I 17 mitzutheilende PlBeschl. ObTr. 8 S. 129, 144 ff. betr. die Verpflichtung der Gesellschafter bei nur mündlichem Gesellschaftsvertrage aus Geschäften eines Mitgesellschafters. Abwich ObTr. 12 S. 478, welchem der 3. Senat bei dem Falle des Erk. d. beitreten wollte. Der Grundsatz des PlPräj. ist trotz mehrfacher Angriffe, vgl. Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 61, in der Praxis konstant festgehalten. So in StrA. 39 S. 310, 318; 51 S. 12, 82 S. 41, welche zugleich Beispiele der Genehmigung durch Handl. geben. Im ersten Falle hatte A. für B. Fuhren geleistet und B. die Zahlung verweigert, weil er nicht bestellt; erwiesen wurde, daß sein Sohn in seinem mündl. Auftrage bestellt und er die Fuhren angenommen. Deshalb ist verurtheilt. Im zweiten Falle wird namentlich der Satz, daß die Ge=

bringen und die Bestreitenden auf Anerkennung desselben zu belangen. Insbesondere ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde er, wie der App.-Richter meint, nur auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthumes soll klagen können, da es doch in seinem Belieben steht, die Gemeinschaft, so lange sie von anderer Seite fortgesetzt wird, auch seinerseits fortbestehen zu lassen. Ebensowenig bedarf es noch eines Antrages auf Uebertragung des Miteigenthumes zu $^1/_3$ auf den Kläger, da im Verhältniß der Parteien zu einander der Mitverklagte die erstandenen Objekte nicht für sich allein, sondern für alle drei Betheiligte erworben hat, und hierdurch schon dem Kläger das Miteigenthumsrecht erwachsen ist, es sich also nur noch um dessen Anerkennung handelt.

Gründe: d. Wenn gleich, wie der erste Blick zeigt, die §§ 142—146 I 13 nur für den speziellen Fall gelten, daß der Bevollmächtigte den ihm gegebenen Auftrag überschritten habe, und, obgleich auch darüber nichts ausdrücklich gesagt ist, sie doch die Möglichkeit zulassen, daß der Gesetzgeber dabei vorausgesetzt habe, daß die wirklich ertheilte, obwohl überschrittene Vollmacht an sich eine schriftliche sei, so steht doch rechtlich nichts entgegen, um die Geltung jener Vorschriften auch allgemein, und selbst dann für zulässig und nothwendig zu erachten, wenn es überhaupt an einer schriftlichen Vollmacht fehlt.

Zuvörderst ist nämlich ins Auge zu fassen, daß auch bei dem Mangel einer solchen schriftlichen Vollmacht, nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 10 I 13 dem Machtgeber gegen den Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte in seinem (des Machtgebers) Namen gehandelt hat, ein Klagerecht sehr wohl zusteht, wobei ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten das Geschäft formgerecht geschlossen ist. Daß nun in der Regel, also namentlich ohne hinzutretende Genehmigung des Machtgebers, nach § 8 dem Dritten, der sich mit dem Bevollmächtigten eingelassen hat, nicht ein gleiches Recht gegen den Machtgeber zusteht, das Geschäft also ein negotium claudicans ist, beruht im dem Mangel der Beglaubigung des Bevollmächtigten bei dem Dritten; es fehlt überhaupt an der nöthigen Einwilligung des einen der Geschäftsherren. Es frägt sich, in welcher Weise und Form dieser Konsens des Machtgebers nachgebracht werden kann. Von der Heilung gewisser Mängel der Verträge durch spätere Anerkennung sprechen die §§ 185—192 I 5. Liegt der Mangel in persönlicher Unfähigkeit, so entscheidet der

---

nehmigung zum Dritten oder dem Bevollm. genüge, ausgesprochen. In StrA. 82 S. 41 hatte A. den B. mündlich beauftragt, Arbeiter für einen von A. übernommenen Chausseebau zu engagiren, was geschehen war. Als die Arbeiter von A. den mit B. verabredeten Lohn forderten, weigerte er die Zahlung, weil B. keine schriftl. Vollm. gehabt, ist aber verurtheilt, weil er mit Wissen von dem Engagement und dem Lohnsatz die Arbeiten hatte ausführen lassen. Das ObTr. sagt hier, der exc des A. stehe die replic. doli entgegen; ohne dolus könne er nach der Genehmigung den Mangel der Form nicht vorschützen. Eine genehmigende Handlung liegt sicher auch in der vorbehaltlosen ganzen oder theilweisen Erfüllung des Geschäfts oder darin, daß der Machtgeber sich dessen Ergebnisse aneignet. Dem ObTr. stimmen bei OHG. 9 S. 238, 12 S. 12, 15 S. 257 und RG. 10 S. 257; beide nehmen auch an, daß es gleich, ob die Genehmigung dem Bevollm. oder dem Dritten gegenüber zu erkennen gegeben; daß ersteres, wie bei der neg. gestio die Genehmigung dem neg. gestor gegenüber, genügt, folgert OHG. 15 S. 257 aus den §§ 125, 126, 145, 238, 239 h. t. Der Ratihabitionsakt ist, sagt das OHG., nicht zu verwechseln mit dem Bekenntniß zu einem nicht gültigen Vertrage.

Aber die mündl. und stillschw. Genehmigung in diesem Sinne kann nur da genügen, wo es sich um Geschäfte handelt, welche der Bevollm. auf Grund der Vollm. geschlossen, nicht da, wo der Bevollm. z. B. die zum Verkauf oder Verpfänden für den Machtgeber erhaltene Sache für seine eigne oder für fremde Schuld verpfändet. Das ist nicht mehr das Geschäft des Machtgebers, dabei kann auch nicht mehr von Ueberschreiten der Vollm. geredet werden. Vgl. ObTr. 22 S. 185 u. StrA. 80 S. 149 unter Nr. 241.

In OHG. 9 S. 238, wo die Frage war, ob eine Wechselforderung durch einen mit dem mündlich Bevollmächtigten geschlossenen Vertrag getilgt, bejaht das OHG. dies mit dem Satze, daß auf § 8 h. t. sich der Machtgeber nur berufen könne, wenn es sich um Erfüllung des Geschäfts handle, nicht da, wo, was der Bevollm. gethan, ohne besonderen Erfüllungsakt seitens

§ 192, fehlte es an schriftlicher Abfassung, der § 185, und es sollen insbesondere nach § 189 solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages und zugleich die wiederholte Genehmigung des ganzen Inhalts deutlich erhellt, ein stillschweigendes Anerkenntniß begründen. Die Anwendung dieser Vorschriften auf den vorliegenden Fall kann kein Bedenken finden; sie wird insbesondere durch das bei dem § 143 I 13 hinzugefügte Allegat der §§ 185—191 I 5 vollständig gerechtfertigt. Allerdings handelt es sich dort zunächst um die Konvaleszenz eines mit Ueberschreitung des gegebenen Auftrags zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten geschlossenen Geschäfts; allein aus gleichem, ja oft stärkerem Grunde muß dasselbe für Handlungen gelten, die auf mündliche Vollmacht hin vorgenommen sind. Denn was den Dritten anbetrifft, so wußte er entweder nicht um die nähere Beschaffenheit der Vollmacht, sondern traute überhaupt demjenigen, der sich ihm als Bevollmächtigter dessen vorstellte, in dessen Namen er handelte, und dann ist für ihn die Lage der Dinge in beiden Fällen gleich. Oder aber er wußte darum, und dann ist der Dritte gewiß eher zu rechtfertigen, wenn er mit dem nur mündlich Bevollmächtigten, als wenn er sich mit dem für den fraglichen Theil des Geschäfts gar nicht Bevollmächtigten einließ. Er konnte in dem ersten Fall viel eher, als in dem zweiten erwarten, daß der Bevollmächtigte in dem Willen des Machtgebers handele. Berechtigte ihn also des Letzteren stillschweigende Genehmigung zu einer Klage gegen denselben selbst in dem zweiten Falle, so um so mehr in dem ersten. Was aber die Stellung des Geschäftsherrn anbelangt, so muß ein Akt desselben, durch welchen eine ohne, ja wider seinen Willen, in seinem Namen von dem Bevollmächtigten vorgenommene, also eigenmächtige Handlung für ihn bindend wird, um so mehr dieselbe Wirkung zeigen, wenn der Bevollmächtigte seinem, obwohl formlos ausgedrückten Willen gemäß handelte.

Hiernach wird also der auf mündliche Vollmacht hin zwischen dem Bevollmächtigten und einem Dritten formell gültig geschlossene Vertrag auch durch stillschweigende Genehmigung des Machtgebers für diesen gegen den Dritten bindend. Eine aus anderen Handlungen erst gefolgerte Genehmigung darf dann weiter der ausdrücklich erklärten mündlichen Genehmigung in ihrer Wirksamkeit gleichgestellt werden. Litte der zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten geschlossene Vertrag selbst an einem Formmangel, wäre er etwa statt schriftlich nur mündlich geschlossen, so müßte allerdings die Anerkennung des Machtgebers nach § 185 I 5 schriftlich oder zu Protokoll geschehen.

---

des Machtgebers wirkt. In dem Falle hatte der Bevollm. auf mündlichen Auftrag von dem Wechselschuldner des Machtgebers zur Deckung des Wechsels Schafe gekauft, die der Machtgeber angenommen und verkauft hatte. Die Berufung des vom Wechselschuldner auf Herausgabe des Wechsels belangten Gläubigers darauf, daß er aus der mündlichen Vollm. nach § 8 h. t. nicht gebunden, ist verworfen.

Ebenso motivirt das ObTr. in dem bereits unt. Nr. 213, Bd. 2 S. 311 erwähnten Erk. StrA. 14, S. 324. A. hatte eine bedeutende Summe gegen Depotschein beim Banquier niedergelegt, den Schein dem Hotelwirth, bei dem er wohnte, zur Erhebung der Summe gegeben, der Wirth die Summe erhoben und unterschlagen. Als A. gegen den Banquier auf Zahlung klagte, berief dieser sich darauf, daß A den Wirth mündlich mit der Erhebung beauftragt. Beide Instanzen verurtheilten auch wesentlich aus den schon oben in anderen Fällen erwähnten Gründen und auf Grund § 129 h. t. Das ObTr. vernichtete, weil gerade aus dem „noch nicht" in § 129 folge, daß bei Hinzutreten anderer Umstände der Auftrag zur Erhebung durch den Besitzer des Schuldscheins wohl festgestellt werden könne. Nach Feststellung solchen auch nur mündlichen Auftrags wirke die Zahlung befreiend; nach § 8 h. t. sei die Schrift nur nöthig, um den Anspruch auf Erfüllung zu begründen, die mit seinem Willen erfolgte Zahlung an den Wirth müsse der Kläger gelten lassen, wenn er sich nicht der exc. doli aussetzen wolle. Daraus würde grundsätzlich folgen, daß Zahlung mit dem Willen des Gläubigers an den nur mündl. Bevollm. dem Schuldner stets liberirt, ein Satz, dem gegenüber in StrA. 74 S. 332 es wieder heißt, daß § 129 I 14 ebenso wie § 8 h. t. zwar nur von Verpflichtung durch Verträge sprechen, aber unbedenklich auch für Zahlungen an Verwalter bez. Bevollm. gelten. Die oben erwähnten ähnlichen Fälle ObTr. 9 S. 229 (Präj. 1257) u. 13 S. 168 lagen insofern anders, als der mündl. Auftrag zur Leistung (Zahlung) an den Schuldner ge-

Die hier vertheidigte Ansicht entspricht übrigens nicht nur den Worten, sondern auch dem Sinne der Preußischen Gesetzgebung. Wenn der Dritte sich mit dem Bevollmächtigten eines Anderen nicht einlassen soll, ohne daß von dem Letzteren schriftliche Vollmacht vorgelegt wird, so beabsichtigt diese Vorschrift doch wohl, für den Inhalt des abzuschließenden Vertrages eine sichere Grundlage zu gewinnen, künftige Streitigkeiten wegen Ueberschreitung der Vollmacht abzuschneiden, und namentlich den Machtgeber von vorne herein gegen allerlei Ansprüche aus angeblich von ihm aufgetragenen Geschäften zu schützen. Dieser Zweck wird erreicht, wenn nach abgeschlossenem Geschäft durch den Bevollmächtigten der Machtgeber freie Hand behält, ob er an den Vertrag gebunden sein will oder nicht. Seine zustimmende Erklärung nun noch an eine besondere Form zu binden, dazu liegt ein besonderer Anlaß nicht vor. Der Inhalt des Vertrags ist in gehöriger Form fixirt; eine Uebereilung ist nicht zu besorgen, wenn der Machtgeber, der schon vor geschlossenem Geschäfte dasselbe wollte, nun nachdem es fertig und übersichtlich vor ihm liegt, mit voller Kenntniß desselben (§§ 189—190 I 5) nochmals sich damit zufrieden erklärt. Und es wäre in der That eine nicht geringe Verletzung des guten Glaubens, wenn man ihm nach einer solchen neuen, unmittelbar auf das Geschäft selbst gehenden Erklärung noch den Einwand gegen den Dritten gestatten wollte, daß dieser mit einem nicht gehörig legitimirten Bevollmächtigten gehandelt habe. Die Herüberziehung der Vorschriften §§ 142—144 I 13 auf den vorliegenden streitigen Fall ist um so mehr gerechtfertigt, als im Handelsverkehr, wie sich namentlich bei den Zeichnungen auf Eisenbahn-Aktien bewährt hat, und nicht minder im gewöhnlichen Verkehr, z. B. bei Bestellung und Annahme von Waaren durch Dienstboten, dieselben zur Aufrechthaltung des guten Glaubens recht eigentlich an ihrem Platze und von rechtlich wohl begründeter Wirksamkeit sind.

Wenn von der andern Seite die Behauptung aufgestellt wird, daß nicht die §§ 142—144, sondern vielmehr die §§ 147—149 den vorliegenden Fall berührten, so ist solches nicht einzuräumen; denn diese §§ handeln nur von der Form einer *die Vollmacht* anerkennenden Erklärung, nicht von der Form einer Genehmigung *des auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Geschäfts*. Auch kann nicht eingewendet werden, daß die Unverbindlichkeit des Geschäfts wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Form nur durch Erfüllung dieser letzteren gehoben werden könne; denn für das Geschäft mit dem Dritten mangelt eben die erforderliche Form

---

richtet und deshalb § 149 h. t. anwendbar war, weil unter Geschäft in §§ 147, 149 h. t. auch Zahlungen fallen, wie dies mit dem Pr. 1257 das Erk. f. ausspricht. Dabei kann gefragt werden, ob nicht in §§ 147—149 in der That die Erklärung an den Dritten als Vollmacht für den als Bevollm. Bezeichneten behandelt wird. Auch in StrA. 74 S. 24 handelte es sich um Erklärung an den Schuldner. A. hatte dem B. ein Darlehn gegeben und ihm mündlich erklärt, daß er die Zinsen an C. zahlen solle, dem unter einer gewissen, demnächst eingetretenen Voraussetzung auch das Kapital gehöre. Nachdem B. an C. gezahlt, klagte A. gegen ihn auf Zahlung, wurde aber abgewiesen. Der 2. Richter hatte verurtheilt auf Grund des offenbar unzutreffenden § 729 I 11. Das ObTr. deduzirt, daß der Kläger die bloß mündliche Abrede *gegen das durch Erfüllung erledigte Geschäft* nach § 146 I 5, §§ 398, 671 ff. I 11, § 30 I 16 nicht geltend machen könne, daß eine Zahlung mit Einwilligung des Gläubigers an einen Dritten statt an ihn selbst erfolgt, die Forderung ebenso tilge, wie wenn die Zahlung ihm unmittelbar geleistet. Der § 149 h. t. ist in diesem Falle nicht angezogen, sondern nur gesagt, daß der empfangende Dritte als die Mittelsperson erscheine, die thatsächlich empfange, während rechtlich der Gläubiger der Empfänger sei. So erscheint hier das abgemachte Geschäft, die Erfüllung als Ersatz der Form in demselben Sinne wie im § 146 I 5 und in dem Falle des Erk. e, in welchem auch dem C. gegen den Kläger ein Anspruch auf Rückgabe wegen der mündlichen Form der Vollm. nicht zugestanden werden könnte. Das Erk. e begründet sein Ergebniß allerdings auf anderem Wege.

Der Mangel der Form hat nach § 9 h. t. zur Folge, daß der Dritte sich an den Bevollm. halten kann. Aus der Stellung des § 9 zum § 8 folgt als selbstverständlich, daß der Anspruch gegen den Bevollm. nur ein subsidiärer ist; ist der Machtgeber gebunden, so *kann* der Bevollm. aus dem geschlossenen Geschäft so wenig wie auf Interesse gebunden sein, da es dafür dann an jedem Rechtsgrunde fehlt. Dies gilt also namentlich

nicht, sondern nur für die Einwilligung des Geschäftsherrn, wobei die §§ 186 ff. I 5, nicht der § 185 zur Anwendung kommen. Hierdurch erledigt sich auch das Bedenken, daß der eigentliche mündliche Vertrag nicht binden würde, aber wohl die mündliche Genehmigung eines von einem anderen ohne schriftlichen Auftrag abgeschlossenen Geschäfts, als unzutreffend. Endlich ist auch der Einwurf unbegründet, daß der mündliche Auftrag, einen Vertrag zu unterzeichnen, die Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit des Geschäfts noch nicht ausschließe, sondern dazu es einer rechtsgültig ausgestellten Vollmacht bedürfe. Denn daraus folgt wiederum nur, daß der Mangel der schriftlichen Vollmacht durch solche konkludente Handlungen, die sich auf die Ermächtigung, den Vertrag abzuschließen, beziehen, nicht geheilt werden kann; wohingegen hier es sich um die Genehmigung des bereits abgeschlossenen Geschäfts handelt.

Gründe: e. Der App.-Richter unterstellt, daß W. den fraglichen Feldbrand des O., im mündlichen Auftrage desselben dem Intervenienten verkauft und übergeben haben möge. Er erachtet dies für unerheblich, weil es an einer schriftlichen Vollmacht fehle, der § 8 I 13 also dem Intervenienten entgegenstehe.

Dieser § erklärt aber nur die Klage auf Erfüllung eines Vertrages, welchen ein Dritter mit einem nicht mit schriftlicher Vollmacht versehenen Bevollmächtigten abgeschlossen hat, für unzulässig. Um eine Klage auf Erfüllung handelt es sich aber nicht. Vielmehr ist der Vertrag, wenn die vorstehende Unterstellung sich als richtig ergiebt, erfüllt; Intervenient vertheidigt dann durch die Interventionsklage sein behauptetes Eigenthum an den durch Uebergabe in seinen Besitz gekommenen Steinen. Der § 8 ist daher jedenfalls vom App.-Richter unrichtig angewendet worden.

Die §§ 129 ff. a. a. O. handeln von stillschweigend ertheilten Vollmachten. An die Vorschrift des § 130, wonach der, welchem die Quittung über eine zu bezahlende Summe anvertraut worden, zum Empfange der Zahlung selbst für bevollmächtigt zu erachten ist, schließt sich der § 131 an.

Es fragt sich, ob diese Vorschrift nothwendig voraussetze, daß der zum Verkaufe ertheilte Auftrag bei Gegenständen von mehr als funfzig Thalern schriftlich ertheilt sein müsse. Aus der Fassung des nachfolgenden § 132 kann dies noch nicht gefolgert werden. Für das Gegentheil spricht die an den § 130 sich anschließende

---

dann, wenn der Machtgeber genehmigt hat. So (Präj. 1152) ObTr. 9 S. 229. 232, wo der Verkäufer gegen den Käufer, in dessen Namen der Bekl. gekauft, den Kaufpreis eingeklagt, fruchtlos exequirt und dann den Bekl. auf Ersatz in Anspruch genommen hatte. Die Klage ist abgewiesen, ebenso StrA. 66 S. 39. Der Anspruch des Dritten gegen den Bevollm. wird lediglich dadurch begründet, daß schriftliche Vollm. fehlt. Daß der Machtgeber trotzdem gebunden, muß der Bevollm. beweisen und zwar so, daß die Verpflichtung des Machtgebers feststeht. In ObTr. 70 S. 14 (StrA. 90 S. 116) ist die nach § 410 CPO. jetzt nicht mehr praktische Frage erörtert, ob der beklagte Bevollm. dem klagenden Dritten den Eid über die Genehmigung durch den Machtgeber zuschieben könne, und dies mit Recht aus dem Grunde verneint, weil der Eid als actum inter alios dem Machtgeber gegenüber keine Bedeutung hätte und durch den Eid die faktische Prämisse, unter der der Dritte gegen den Machtgeber klagen darf, nicht festgestellt wäre.

Der Anspr. des Dritten gegen den Bevollm. geht nach § 9 nicht auf Erfüllung, was selbstverständlich, da der Bevollm. nicht Kontrahent; die Art. 55, 298 HGB., Art. 95 WO. sind Spezialvorschriften. Der Anspr. auf Schadloshaltung oder Cession der Rechte des Bevollm. gegen den Machtgeber ist nicht identisch mit dem Anspr. auf Erfüllung. In StrA. 37 S. 236 hatte A. als Vorsitzender eines Verwaltungsraths einer Gasgesellschaft den B. mündlich beauftragt, Zeichnung von Antheilscheinen des Unternehmens zu beschaffen und Provision dafür schriftlich zugesichert, auf deren Zahlung er von B. belangt wurde, als die Gesellschaft, von der A. nicht schriftlich bevollmächtigt, dieselbe weigerte. Der 2. Richter wies ab, weil § 9 den Anspr. auf Gegenleistung nicht gebe. Das ObTr. vernichtete, weil der Auftrag wesentlich die Handlung des Beschaffens der Zeichnungen zum Gegenstande gehabt, diese geleistet, das Recht auf Gegenleistung dadurch erlangt, § 9 die Schadloshaltung nicht auf den Ersatz des außerhalb des Vertrages erlittenen Schadens beschränke, § 96 h. t., § 165 I 5, §§ 869 ff. I 11. Der Vertrag

Fassung des § 131 selbst. Wie im § 130 zur stillschweigenden Bevollmächtigung, die Zahlung zu empfangen, weiter nichts erfordert wird, als das Anvertrauen der Quittung, so ist im § 131 alles Gewicht darauf gelegt, daß der Machtgeber den, welchen er mit dem Verkaufe der beweglichen Sache beauftragt, in den Stand setzt, dieselbe dem Käufer zu übergeben. Das Anvertrauen seiner beweglichen Sache an einen Anderen ist im deutschen R. die thatsächliche Grundlage des Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren", welchen Suarez in der Anlage seiner amtlichen Vorträge bei der Schlußrevision des ALR. I 15 dahin aufgefaßt hat:

Der Eigenthümer, welcher seine Sache einem Anderen geliehen, vermiethet, in Verwahrung gegeben, oder aus irgend einem anderen Titel anvertraut hat, muß, wenn von diesem die Sache an einen Dritten veräußert worden, sich lediglich an seinen Kontrahenten halten und kann seine Sache a tertio bonae fidei possessore nicht vindiziren, v. Kamptz, Jahrb. 41, S. 84.

Dieser Satz ist zwar nicht, — s. S. 85, 86 ebendas. — in dieser seiner Bedeutung in das ALR. I 15 §§ 24—44 übergegangen, aber diese §§ enthalten doch eine modifizirte Anlehnung an denselben.

Wenn nun im § 131 I 13 wieder so großes Gewicht darauf gelegt worden ist, daß der Machtgeber den, welchen er beauftragt, eine bewegliche Sache zu verkaufen, in den Stand setzt, dieselbe dem Käufer zu übergeben, so darf in der Bestimmung dieses § eine wenigstens so weit gehende Aufrechthaltung des deutschrechtlichen Grundsatzes gefunden werden, daß, wer seine bewegliche Sache einem Anderen in Gewahrsam giebt, zwar nicht dann, wenn dieser wider den Willen des Anvertrauenden dieselbe veräußert und übergiebt, dies gelten zu lassen braucht, wohl aber dann, wenn dies Alles seinem Willen entspricht, wenn er also dem Anderen den Verkauf mündlich aufgetragen, dieser demgemäß die Sache verkauft und dem Käufer, weil er vom Auftraggeber dazu in den Stand gesetzt war, übergeben hat. Zur Anwendbarkeit des § 131 genügt also ein mündlicher Auftrag.

Auch einen mündlichen Auftrag zur Erhebung der in einem Dispositionsscheine verschriebenen Summe, verbunden mit der Anvertrauung dieses Scheines, in Folge dessen der Beauftragte diese Summe gegen Zurückgabe des Dispositionsscheines an den Schuldner von diesem erhoben hatte, hat das ObTrErk. StrA. 14 S. 324 für verbindlich erachtet. Es versteht sich von selbst, daß der § 131 nicht von der für das Kaufgeschäft selbst erforderlichen Form entbindet. Doch kommt hier in gleicher Weise, als wenn der Eigenthümer selbst dasselbe schließt, der § 146 I 5 zur Hülfe. Im vorliegenden Falle beruft Intervenient sich auf den mit dem angeblichen Bevollmächtigten W. schriftlich geschlossenen Vertrag. Der als Zeuge eidlich vernommene W. hat das ihm vorgelegte Original dieses Vertrages anerkannt, auch bekundet, daß er den Feldbrand dem Intervenienten übergeben und dieser ihm den Kaufpreis von 100 Thlr. sofort bezahlt habe. Er ist aber, da der Feldbrand auf der Besitzung des O. abgepfändet zu sein scheint, näher darüber zu vernehmen, auf welche Weise die Uebergabe geschehen sei, auch wie es sich mit der Zahlung des Kaufpreises verhalte, was für seine Glaubwürdigkeit von Einfluß sein kann. Außerdem sind die

---

sei nicht nichtig, nur unverbindlich für den Machtgeber, komme deshalb für die Schadloshaltung wohl in Betracht. Das besagt nichts weiter, als daß das Interesse mit der Gegenleistung konkret zusammenfallen kann, und dies ist unleugbar. Auch hier wird angenommen werden müssen, daß der Dritte, der den Mangel kennt, auf seine eigene Gefahr mit dem nicht legitimirten Bevollm. kontrahirt, vergl. § 151 h. t.

III. Der §§ 147—149, in denen die Vollm. durch die Erklärung zu dem Dritten ersetzt wird, ist bereits gedacht. Ein Beispiel giebt noch StrA. 63 S. 276. In diesem Falle hatten die Eigenthümer eines Braunkohlenbergwerks den A. als Betriebsdirektor engagirt und dies der Bergbehörde angezeigt. Als A. mit B. einen Kohlenlieferungsvertrag schloß und B. aus demselben einen der Miteigenthümer in Anspruch nahm, der den Mangel der schriftl. Vollm. einwendete, hat das ObTr. in der Anzeige an die Bergbehörde von der Bestallung des A. Erklärung im Sinne des § 147 h. t. u. § 185 I 5 gefunden.

IV. Die §§ 129, 130—132, stillschweigende Vollm. (die §§ 134 ff. betreffen den Umfang einer vorhandenen Vollm. und gehören eigentlich an andere Stelle) gehen nicht davon aus, daß solche Vollm. vorhanden, sondern berechtigen nur den Dritten, solche anzunehmen.

anderen in der Klage über den behaupteten Auftrag, den Verkauf und die Uebergabe des Feldbrandes vorgeschlagenen Zeugen darüber zu vernehmen. Zu diesem Behufe war die Sache in die erste Instanz zurückzuweisen.

Gründe: f. Die §§ 148, 149 I 13 bestimmen, daß, wenn Jemand gegen einen Dritten erklärt, einem Anderen ein gewisses Geschäft aufgetragen zu haben, der Erklärende zwar nicht schuldig sei, einen zwischen dem Dritten und dem angeblich Bevollmächtigten geschlossenen Vertrag zu genehmigen, daß jedoch für den Fall, wo der Dritte dem angeblich Bevollmächtigten auf Grund eines solchen Vertrages etwas gegeben oder geleistet, der Erklärende dafür ebenso hafte, als wenn er selbst auf Grund eines mündlichen Vertrages, §§ 155 ff. I 5 ALR., etwas empfangen habe.

Die hier ausgesprochene Vinkulation des nur mündlich Erklärenden ist nicht sowohl in dem der Erklärung entsprechend geschlossenen Vertrage selbst, als vielmehr wesentlich in der zu dessen Erfüllung hinzu getretenen Leistung begründet. Deshalb hat auch das ObTr. S. 233 angenommen, daß der durch den § 149 zum Ausdrucke gelangte Rechtsgrundsatz auch auf den Fall Anwendung findet, wo Jemand nicht als Beauftragter zur Abschließung eines Geschäftes, vielmehr nur zur Empfangnahme der Zahlung einer anderweitig schon feststehenden Forderung bezeichnet worden ist. Erfolgt die Zahlung an die bezeichnete Person, so steht einer späteren Klage des Erklärenden oder seiner Rechtsnachfolger seitens des Schuldners die Einrede der Zahlung nach den Grundsätzen der §§ 155 ff. I 5 mit Wirkung entgegen, nach welchen derjenige, welcher auf einen mündlich geschlossenen Vertrag etwas empfangen hat, entweder das Empfangene zurückgeben oder seinerseits erfüllen muß. Die von dem App.-Richter bis zu einem Erfüllungs-Eide für bewiesen erachtete Behauptung der Verklagten, daß die Gläubigerin vor ihrem Tode den Schuldner P. angewiesen habe, seine Schuld an ihren Ehemann zu zahlen, und daß P. diese Zahlung geleistet habe, entspricht in so weit genau den Voraussetzungen des § 149 I 13. Die Behauptung der Verklagten geht freilich einen Schritt weiter; es soll die Gläubigerin den Schuldner angewiesen haben, die 200 Thlr. an ihren Ehemann zur Bezahlung von Schulden nach ihrem Tode zu entrichten. Darin findet der Kläger eine formlose, unverbindliche letztwillige Disposition, während der App.-Richter, an der Annahme eines Mandates festhaltend, die §§ 186, 190 a. a. O., und zwar mit Recht, für anwendbar erachtet hat. Nach dem § 186 erlischt durch den Tod eines der beiden Kontrahenten regelmäßig das Auftragsverhältniß. Nach dem § 190 erleidet aber diese Regel eine Ausnahme, „wenn das Geschäft von der Natur ist, daß es erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann," und ein Geschäft, welches nach ausdrücklicher Bestimmung des Machtgebers erst nach dessen Tode ausgeführt werden soll, schließt eben deshalb die Möglichkeit einer früheren Ausführung aus. Es läßt ein mit dieser Bestimmung gegebener Auftrag sich außerdem unter die schon durch den § 186 cit. gestattete Ausnahme subsumiren, da mittelbar darin auch ein auf die Erben des Auftraggebers gerichtetes Mandat enthalten ist.

Ueber die Auslegung des § 129 h. t., wenn nicht blos der Schuldschein anvertraut, sondern außerdem der mündl. Auftr. zur Erhebung gegeben, vergl. StrA. 14 S. 324 oben unter II. Unbedenklich ist, daß der Schuldschein keine Quittung und daß § 129 die Hingabe des Schuldscheins zur Erhebung seitens des Gläubigers voraussetzt, beide deshalb in dem Falle ObTr. 48 S. 101 unanwendbar waren. A. klagte gegen die verehel. B. auf Rückzahlung eines Darlehns aus einem Schuldschein, während die B. bestritt, das Darlehn erhalten zu haben. A. replizirte, daß der Ehemann B. das Geld erhoben und dazu berechtigt, da er den Schuldschein in Händen gehabt. Daraufhin verurtheilte auch die 2. Instanz unter Bezug auf die §§ 129, 130 h. t., was offenbar irrig war. Es kam darauf an, ob der Ehemann das Geld mit Bewilligung der Ehefrau erhoben.

Zu § 131 h. t. vergl. das Erk. e, dessen bereits oben erwähnt. Daß nach § 131 auch der zur Cession einer Hypothek Bevollmächtigte zum Empfang der Valuta ermächtigt gilt, wenn er Cession und Dokument in Händen hat und aushändigt, StrA. 57, S. 82, folgt aus I 11 § 381; 2 § 7.

Freilich geht der § 149 cit. nicht von der Voraussetzung eines in der That ertheilten Vollmachtauftrages aus, hat vielmehr einen Fall im Auge, wo durch Jemandes Erklärung ein Dritter nur die relative Berechtigung erlangt, einen einer anderen Person ertheilten Auftrag zu präsumiren. Die §§ 186, 190 enthalten jedoch allgemeine, das Vollmachtsverhältniß betreffende Grundsätze, welche auch dort eintreten, wo ein in mangelhafter Form ertheilter Auftrag dennoch, wenn gleich unvollkommene, vertragliche Wirkungen äußert. Dieselben Grundsätze müssen mithin auch in Fällen einer mit rechtlichen Folgen eintretenden Präsumtion eines Auftrages zur Geltung gelangen.

Unberechtigt ist dagegen die schon erwähnte Annahme des Klägers, daß die Erklärung der Gläubigerin sich als eine letztwillige Disposition charakterisire. Sie hat weder mittelbar, noch unmittelbar über ein ihr gehöriges Vermögensstück zu Gunsten eines Anderen verfügt; ihre Erklärung betrifft ausschließlich die Legitimation Jemandes, anstatt ihrer, nicht aber für sich oder für einen Dritten einen verschuldeten Betrag in Empfang zu nehmen. Dadurch wird auch durch die zusätzliche Erklärung: „zur Bezahlung ihrer Schulden", nichts geändert. Sie war für den zahlenden Erblasser der Verklagten als nicht vorhanden, als ihn nicht interessirend anzusehen. Für ihn war nur die Legitimation des bezeichneten Empfängers als solche von wesentlicher Bedeutung. Wozu der Letztere das empfangene Geld demnächst verwendete, ob zur Tilgung wirklicher Schulden, oder zu irgend welchen anderen Zwecken, blieb für die Wirksamkeit der an ihn von dem Erblasser der Verklagten geleisteten Zahlung einflußlos. Die Erklärung der Gläubigerin verändert daher ihre rechtliche Natur auch nicht durch die Fragen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der von ihrem Ehemanne mittelst des empfangenen Geldes zu lösenden, beziehungsweise gelösten Verbindlichkeiten, oder über den besondern rechtlichen Charakter der letzteren, und zwar um so weniger, als nicht einmal behauptet ist, daß die speziell mit dem Gelde zu tilgenden Schulden dem zur Zahlung an den Ehemann angewiesenen Erblasser der Verklagten namhaft gemacht worden seien.

Nr. 238. §§ 159, 160—180, 181—184, 185, 186—195, 196, 197—200, 214, 215. Vollmacht. Aufhebung u. Beendigung. (Widerruf. Tod. Unfähigkeit. Konkurs.) Beweislast.*)

a. Präj. 1991 v. 11. Febr. 1848; ObTr. 16 S. 166.

b. Präj. 2351 v. 29. Jan. 1852; ObTr. 22 S. 200.

Im Falle a. hatten die beklagten Banquiers für eine Eisenbahngesellschaft die Leistung aller Geldzahlungen für eine bestimmte Bauabtheilung gegen Vergütigung übernommen und mit dem Kläger einen schriftlichen Vertrag geschlossen, durch welchen sie ihm gegen eine jährlich zu zahlende Vergütigung von $^1/_8$ Procent der Gesammtsumme die Auszahlung der Gelder für die Dauer des Baues übertrugen. Die Beklagten zogen den Auftrag vor Beendigung des Baues zurück, worauf der Kläger klagend verlangte, dass sie die Auszahlung der Gelder durch ihn bis zur Beendigung des Baues gestatteten. Die Beklagten beriefen sich nur darauf, dass sie nach § 159 h. t. zum Widerruf des Mandats befugt gewesen, und beide Instanzen wiesen deshalb ab. Das ObTr. vernichtete und wies den Antrag auf Belassung der Ausführung der Zahlungen ab, verurtheilte aber zur Zahlung der Gegenleistung für die Dauer

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 411; Dernburg 1 § 114; 2 § 183; Förster (Eccius) 2 § 141, VI. — Auch die Aufhebung der Vollmacht steht zunächst unter den allgem. Regeln

des Baues. — Im Falle b. hatte S. auf Grund schriftlicher Vollmacht der Beklagten aus deren Gutsforst Hölzer an den Kläger verkauft. Der Klage auf Erfüllung des Vertrages wurde entgegengesetzt, dass die Vollmacht dem S. vor Abschluss des Vertrages abgefordert worden, die Vollmacht dadurch widerrufen sei. Beide Instanzen wiesen deshalb ab. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Die Nicht.Beschw. behauptet mit Recht, daß durch das Urtel zweiter Instanz Rechtsgrundsätze verletzt worden, indem das Wesen des Vollmachtsvertrages und der Verträge über Handlungen verkannt und der hier vorliegende Vertrag unrichtig für einen bloßen Vollmachtsvertrag erachtet worden. Der App.-Richter irrt, wenn er aus dem Umstande, daß der Implorant die ihm aufgetragene Zahlung für die Imploraten, und in ihrem Namen zu besorgen hatte, und daß hierbei die sich zwischen Dritten und den Imploraten, und vielfältig auch die sich zwischen den jetzt streitenden Theilen bildenden Verhältnisse nach den Regeln von Vollmachtsaufträgen zu beurtheilen sein werden, herleitet, daß das ganze, zwischen diesen letzteren beiden Parteien bestehende Rechtsverhältniß lediglich ein Vollmachtsauftrag, und daß dasselbe daher nach Willkür der Imploraten widerruflich sei. Geschlossene Verträge müssen, soweit sie einen erlaubten Gegenstand haben, ihrem ganzen Inhalte nach erfüllt werden; und wenn in einem Vertrage ein gewisses Rechtsverhältniß nach Zeitbestimmung, oder mit Bezugnahme auf eine gewisse Bedingung für eine näher bezeichnete längere Dauer gebildet und begründet worden, so kann sich keiner der Kontrahenten einer solchen Vertragsbestimmung einseitig und nach Willkür entziehen, wo nicht ausdrückliche gesetzliche Vorschriften das Gegentheil festsetzen. Dies gilt für Verträge im Allgemeinen und also auch für solche Verträge, in denen die eine der auf bestimmte Dauer übernommenen Leistungen in sich als ein nach den Regeln von Vollmachten zu beurtheilender Auftrag anzusehen ist. So z. B. werden kaufmännische Disponenten oder Faktoren, welche nach § 497 II 8 ALR. ganz eigentlich in dem Verhältniß zu den Handlungseigenthümern stehen, daß sie ihre Stelle vertreten und in ihrem Auftrage handeln, dessen ungeachtet hinsichtlich der zwischen ihnen und dem Prinzipale bestehenden Rechte und Pflichten hauptsächlich nach dem Inhalte des unter ihnen geschlossenen Abkommens, und nur wo dieses nichts bestimmt, nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften von Vollmachtsverträgen beurtheilt (§ 522 ebendas.). Ist daher die Dauer eines solchen Verhältnisses im Vertrage bestimmt, so bindet dies den Prinzipal, wie den Faktor. In Ansehung der Privatsekretaire, Kapläne und anderen Personen der Art ist im § 188 II 5 ALR. ausdrücklich bestimmt, daß ihre Rechte und Pflichten nach dem Inhalte der mit ihnen geschlossenen schriftlichen Verträge, nach der Natur,

---

von der Aufhebung der Verträge; dazu treten die Spezialbestimmungen über Aufhebung durch Tod, Unfähigkeit, Widerruf und Kündigung, Konkurs, die auf der besonderen Vertrauensnatur der Vollm. beruhen. Zu scheiden ist auch dabei das Verhältniß zwischen Machtgeber und Bevollm. und Machtgeber und Dritten. Ueber die Aufhebung durch den Tod, §§ 186—195, 200, 215, vgl. Erk. b. Nr. 236 u. Erk. f. Nr. 237, und daneben noch die Fälle unter Nr. 236, wo § 186 h. t. nicht angewendet, weil keine schriftliche Vollm. vorlag. Der § 200 schützt den gutgläubigen Dritten; die Erben können sich durch Benachrichtigung an den ihnen bekannten Dritten oder Abnahme der Vollm. sichern, wenn der Dritte unbekannt. Vgl. Art. 297 HGB. u. § 82 CPO. Nach ObTr. 17 S. 230 soll die einem Kaufmann als Vertreter eines Handlungshauses ertheilte Kommission durch seinen Tod nicht aufgehoben werden, was so allgemein gewiß nicht, konkret richtig sein kann, wenn dem Hause die Kommission ertheilt. Der Satz in ObTr. 47 S. 127 (StrA. 45 S. 74), daß durch den Tod der Partei die Vollm. zum Empfang des Urtheils im Prozeß nicht aufgehoben wird, ist jetzt unbedenklich.

Nach § 196 h. t. wird die eintretende Geschäftsunfähigkeit dem Tode gleichgestellt, die Vollm. dadurch aufgehoben. Nach StrA. 86 S. 130 soll dies auch dann gelten, wenn ein Abwesender nach §§ 19 ff. II 18 unter Kuratel gestellt wird. In dem entschiedenen Falle klagte nach der Einleitung der Abwesenheitsmündel der Generalbev. des Abwesenden gegen die Beklagten auf Einwilligung in die Aushändigung des im gerichtl. Depositorium befindlichen mütterlichen Erbtheils des Abwesenden an den Kläger, und diese Klage wurde abgewiesen, weil die Vermögens-Verwaltung auf den Kurator übergegangen, die Vollmacht dadurch erloschen.

der Absicht und den Erfordernissen des übernommenen Geschäftes und nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften von Verträgen und von Veräußerung der Sachen gegen Handlungen (I 11 §§ 869 ff.) beurtheilt werden sollen. Schiffer sind nach § 1445 II 8 ALR. solche Personen, denen die Aufsicht und Führung eines Schiffes von den Rhedern übertragen ist; ihrer ganzen Stellung nach treten sie als Beauftragte dieser Rheder auf, dessen ungeachtet wird dieses Verhältniß, wie § 1449 das. bestimmt, nach den Gesetzen von Verträgen über Handlungen beurtheilt. Sie können keinesweges ohne besondern und erheblichen Grund, nach Willkür der Rheder, in einer Weise entlassen werden, daß dadurch das bestehende Vertragsverhältniß vor Ablauf desselben wieder gelöset wird (§§ 1454 ff. l. c.). Auch die Verträge zwischen Herrschaften und gemiethetem Gesinde, imgleichen mit gedungenen Handarbeitern und Tagelöhnern, sollen unter die Klasse der Verträge über Handlungen gerechnet werden, nach § 894 I 11 ALR.

In einem, dem bisher angeführten ganz ähnlichen Verhältnisse hat Implorant zu den Imploraten gestanden. Er hat Dienste übernommen, die er den Imploraten, Handlungen, welche er für sie hat leisten sollen; und er wird deshalb in manchen, vielleicht in Ansehung aller von ihm übernommenen Handlungen als Mandatar der Imploraten anzusehen sein. Damit ist aber nur das Verhältniß bezeichnet, in welches er durch die von ihm mitübernommenen Leistungen versetzt worden, keineswegs wird dadurch der rechtliche Charakter des zwischen beiden Theilen geschlossenen Vertrages erschöpft; vielmehr sind die Imploraten ebensowohl an die vertragsmäßig übernommenen Pflichten gebunden, als es Implorant war. Dieser versprach Handlungen und jene Gegenleistung! Keiner von beiden hat die Freiheit, sich den übernommenen Pflichten zu entziehen, und wenn die Imploraten sich gegen den Imploranten für eine gewisse Zeit, namentlich für die ganze Dauer eines bestimmten Geschäftes gebunden haben, so mußten sie diese von ihnen übernommene Verpflichtung erfüllen. Es liegt klar ein Vertrag über Handlungen vor; auch aus einem solchen Vertrage kann nach § 877 I 11 auf Erfüllung geklagt werden; und der App.-Richter, welcher in ersterer Beziehung das Gegentheil angenommen, hat daher Rechtsgrundsätze verletzt, und sein Urtheil unterliegt deshalb der Vernichtung.

In der Hauptsache ergiebt sich aus den Bestimmungen des Vertrages, daß die Verklagten in der That sich verpflichtet haben, dem Kläger das Geschäft der Auszahlung aller bei dem fraglichen Bau vorkommenden Auszahlungen für die ganze Dauer dieses Baues zu überlassen, und ihm dafür die, auf $^1/_8$% der Ausgaben festgesetzte Belohnung zu gewähren. Denn es ist ausdrücklich bestimmt, daß die Vergütung von der Gesammtausgabe für die Dauer des Baues gewährt, und daß dem Verklagten die Auszahlung aller Gelder, welche auf der Bahnstrecke zur Ver-

---

Nach §§ 82, 35 ff. VO. ist kein Zweifel, daß der Abwesenheitsvormund die Vollm. widerrufen kann, und daß sie von selbst fortfällt, ist nach dem unberührt gebliebenen § 196 h. t. anzunehmen, da sie mit der Vormundschaft unverträglich ist, und der Abwesende Dritten gegenüber als Bevormundeter gilt. Die vom Vertreter des Unfähigen gültig bestellte Vollm. wird durch die eintretende Fähigkeit gewiß nicht aufgehoben; § 181 ist auch analog nicht anwendbar, so wenig wie der Satz resoluto jure conced. resolv. jus conc.

Der Fall des Konkurses, §§ 197—200, ist, was den Bevollm. betrifft, insofern von dem Falle der Unfähigkeit verschieden, als der Kridar nicht absolut, nur relativ geschäftsunfähig wird. Die §§ 197, 198 sprechen die Aufhebung für den Fall, daß der Bevollm. Kaufmann, aber direkt aus. Dies wendet OHG. 2 S. 436 auch auf kaufmännische Agenten an, selbst wenn sie nicht eigentliche Bevollm. im Sinne § 5 h. t., indem es ausführt, daß § 197 gleich andern Bestimmungen im Tit. 13 einen Rechtsgrundsatz enthalte, der alle Aufträge in Bezug auf Abschluß oder Ausführung vermögensrechtlicher Geschäfte umfasse. Vom Eintritt der Gläubigerschaft in die Vollm. des Bevollm. kann natürlich nicht die Rede sein. Für den Fall des Konkurses des Machtgebers, §§ 199, 200, greifen jetzt die §§ 6, 7, 15, 20 der RKonkO. sehr bedeutsam ein, durch welche namentlich § 200 h. t. modifizirt. In StrA. 75 S. 300 ist in einem Falle, wo der Bevollm. nach der Konkurseröffnung mit Vollgiro des Machtgebers klagte, das er vorher erhalten, der Satz ausgesprochen, daß der Bevollm. formell legitimirt bleibe, was so nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, so auch aus § 199 h. t. kaum folgt. In dem Falle war übrigens in 2. Instanz der Konkursverwalter

ausgabung gestellt würden, übertragen sein solle. Das Geschäft ist als ein Ganzes behandelt, und ungetheilt und ohne Vorbehalt bis zum Ende des Baues dem Kläger übertragen worden, und Kläger soll die ausgesetzte Quote der Gesammtausgabe erhalten. Dies müssen daher die Verklagten erfüllen. Doch geht dies nicht soweit, daß die Verklagten gezwungen werden könnten, sich der Hülfe des Klägers zu bedienen, wenn sie dieselbe nicht haben wollten, und mit diesem Theile seines Anspruches mußte daher Kläger abgewiesen werden; da in der Regel ein Zwang dieser Art nicht zulässig, und nichts angeführt ist, woraus ein rechtlich geltend zu machendes Interesse des Klägers in Bezug auf die Annahme seiner Dienstleistungen Seitens der Verklagten sich ergäbe. Es muß den Verklagten freigestellt bleiben, ob sie, Falls überhaupt noch der Bau auf jener Eisenbahnstrecke nicht beendigt sein sollte, bei den vorkommenden Zahlungen sich der Vermittelung des Klägers bedienen wollen. Der von ihnen zu fassende Beschluß darf aber keinen Einfluß auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zur Leistung der in dem Vertrage dem Kläger verheißenen Belohnung äußern.

Gründe: b. Der App.-Richter stellt unter Bezugnahme auf die §§ 58, 59 I 4, § 161 I 13 ALR. die Abforderung der dem Mandatar behändigten Vollmacht durch den Machtgeber, in ihren Wirkungen einer Kündigung oder einem Widerrufe des Mandats völlig gleich. Er erachtet auf Grund der §§ 170, 171 I 13 die von dem Bevollmächtigten, nach erfolgtem Widerrufe des Mandats mit einem Dritten geschlossenen Geschäfte, dem Machtgeber gegenüber für unverbindlich, wenn auch der Mandatar in dem Besitze der Vollmacht geblieben ist und er erklärt es für einflußlos, daß die Verklagte den Kläger von dem Widerrufe des dem S. ertheilten Auftrages nicht benachrichtiget habe, weil der § 167, auf welchen Kläger sich in dieser Hinsicht berufen hat, den hier nicht vorliegenden Fall voraussetze, daß die Vollmacht auf ein bestimmtes, mit einer zugleich genau bezeichneten Person abzuschließendes Geschäft laute, ohne daß dem Machtgeber sonst bekannt geworden, mit wem der Bevollmächtigte sich in Unterhandlungen eingelassen habe.

Der Vollmachts-Vertrag ist, wo es nach den Gesetzen keines schriftlichen Kontrakts bedarf, dem § 7 I 13 zufolge für geschlossen zu erachten, wenn der Eine den mündlichen Auftrag des Andern auch nur stillschweigend annimmt, während nach § 11 in den Fällen, wo die Gesetze überhaupt einen schriftlichen Vertrag erfordern, mithin gemäß § 131 I 5 namentlich bei Gegenständen, deren Werth sich auf mehr als 50 Thlrn. beläuft, dessen Stelle durch die Ertheilung einer schriftlichen Vollmacht von der einen, und deren auch nur stillschweigende Annahme von der anderen Seite vertreten wird. Doch kann nach § 8 unter allen Umständen, selbst wenn der

---

der Klage beigetreten, so daß die Verurtheilung des Bekl. keinem Bedenken unterlag. In OHG. 24 S. 193 ist in einem Hamburger Fall angenommen, daß die Konkursmasse durch ein vom Handlungsbevollm. ohne Wissen von dem Konkurse nach Eröffnung desselben abgeschlossenes Geschäft nicht gebunden wird. Ebenso kann auch die Wirksamkeit eines vom gutgläubigen Dritten mit dem Bevollm. des Kridars geschlossenen Geschäfts jetzt nur nach §§ 6, 7 RKonkO. bestimmt werden. Für Prozeßvollm. bestimmen die §§ 218, 219, 223 CPO.

Von besonders praktischer Bedeutsamkeit ist die Aufhebung der Vollm. durch Kündigung und Widerruf §§ 160—185. Nach § 185 kann der Widerruf auch stillschweigend, durch Handlungen, erfolgen, und zwar Seitens des Machtgebers wie des Bevollmächtigten. Dahin gehört z. B. das im Erk. b. erwähnte Abfordern der Vollm., das Rücksenden der Vollm. und die Erklärung zu dem Dritten, daß der Bevollm. nicht mehr zur Vertretung befugt, wirkt diesem Dritten gegenüber jedenfalls so wie Widerruf, StrA. 38 S. 95. Ein anderes Beispiel im Sinne § 185 giebt OHG. 16 S. 166, 169. A. hatte ein Geschäft, in welchem B. beschäftigt war; als A. verreiste, gab er an B. Vollmacht, wurde später im Auslande verhaftet und zu längerer Strafe verurtheilt, worauf B. das Geschäft auf eignen Namen anmeldete und betrieb. Nach seiner Rückkehr klagte A. gegen ihn auf Rechnungslegung und Herausgabe des Gewinns, obwohl er bei seiner Abreise nur einen ganz unbedeutenden Waarenbestand zurückgelassen. Die Klage ist abgewiesen, weil B. durch die Anmeldung des Geschäfts auf seinen Namen und dessen Weiterbetrieb für eigne Rechnung ebenso wie durch Rückgabe der Vollm., Verlassen der Stellung oder Annahme einer andren, seinen Widerruf zu erkennen ge-

Vertrag zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten nicht schriftlich geschlossen zu sein braucht, ein Dritter, welcher mit dem Letzteren sich eingelassen hat, auf Erfüllung des mit selbigem errichteten Vertrages nur wenn er durch einen schriftlichen Auftrag legitimirt gewesen ist, gegen den Machtgeber klagen. Nach § 159 ist in der Regel sowohl der Machtgeber seinen Auftrag zu widerrufen, als der Bevollmächtigte ihm die Ausführung des übernommenen Geschäfts aufzukündigen berechtigt und es muß nur insbesondere der Erstere, wenn er die Vollmacht vor vollendetem Geschäft widerruft, nach § 163 dem Mandatar wegen des bereits gemachten Aufwandes, so wie wegen des dabei auf andere Art erlittenen wirklichen Schadens gerecht werden. Nach § 160 ist es nicht nothwendig, daß der Widerruf oder die Aufkündigung unter Gegenwärtigem schriftlich geschehe. Wohl aber muß derjenige, welcher von dem Vertrage abgehet, nach § 161 dem Andern die ertheilte schriftliche Vollmacht wieder abfordern oder zurückgeben.

Diese Rückgabe vertritt die Stelle der Kassation des Instruments, welche nach § 387 I 5 hinzukommen muß, wenn ein noch von keiner Seite erfüllter Vertrag durch wechselseitige mündliche Einigung wieder aufgehoben werden soll. Denn die gedachte Vorschrift setzt Verträge, oder darüber ausgefertigte Urkunden voraus, welche der absoluten Vernichtung bedürfen, um beide Kontrahenten gegen jeden weiteren, durch den einen oder den anderen Theil davon zu machenden Gebrauch sicher zu stellen. Eine bloße, dem Machtgeber auf Erfordern durch den Mandatar wieder ausgehändigte Vollmacht kann dagegen fernerhin weder von dem Letzteren, um ihn zum fortgesetzten Betriebe des ihm übertragen gewesenen Geschäftes zu legitimiren, noch von dem Machtgeber, um den Bevollmächtigten zur Besorgung desselben anzuhalten, benutzt werden. Man kann daher auch zugeben, daß schon die bloße Zurückforderung der Vollmacht von Seiten des Machtgebers, dem Mandatar gegenüber ohne Weiteres einer ausdrücklichen Kündigung völlig gleich zu achten sei. Denn nach § 58 I 4 gelten Handlungen, aus denen sich die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit schließen läßt, für stillschweigende Willenserklärungen, welche nach §§ 59, 60 in der Regel mit den ausdrücklichen gleiche Kraft haben, und es kann daher die Erklärung des Machtgebers, wodurch er von dem Bevollmächtigten die Aushändigung der ihm ertheilten Vollmacht verlangt, eine Kündigung in sich schließen, ohne daß dieselbe mit bestimmten Worten ausgesprochen zu sein braucht, oder sie kann wenigstens den Mandatar für jede hinterher von ihm dennoch, auf Grund der Vollmacht vorgenommene Handlung, verantwortlich machen, da sich der Mangel einer durchgreifenden Willensäußerung des Machtgebers nicht vorwenden läßt, wenn jene Erklärung keine andere Auslegung gestattet, als daß damit zugleich das Mandat habe

---

geben, durch den Rücktritt die Klage auf Erfüllung beseitigt, nur Anspruch auf Ersatz übrig geblieben. In StrA. 95 S. 364, — vgl. unt. Nr. 236, — ist § 185 nicht angewendet in einem Falle, wo sich die Mitglieder einer Gewerkschaft, nachdem die Gewerkschaft Vollm. zum Empfang der Kaufgelder für das zu verkaufende Bergwerk ertheilt, über die Theilung der Kaufgelder unter sich geeinigt. Der zahlungspflichtige Käufer hatte die Zahlung an den Bev. geweigert, weil durch die Theilung die Vollm. von selbst fortgefallen. Das ObTr. sagt mit Recht, die Theilung sei eine innere Angelegenheit, mit welcher die Vollm. zur Einziehung der Forderung nicht unvereinbar.

Nach § 159 h. t. ist die Widerruflichkeit die Regel und für den Bevollm. folgt aus dem Wesen der Vollm. nichts dafür, daß er auf den Widerruf nicht wirksam verzichten kann. Mit dem im Erk. b. Nr. 236 hervorgehobenen Wesen der auf dem subjektiven Vertrauen des Machtgebers zum Bevollm. beruhenden Vollm. folgt dagegen für den Machtgeber die Unvereinbarkeit eines Zwangs zum Behalten des Bevollm. in der Vertrauensstellung. Vgl. Art. 54 Abs. 1 HGB., § 1321 Sächs. Bürgerl.GB. Jedenfalls folgt auch aus § 159 h. t. kein Recht des Dritten auf wirksame Verhandlung mit einem auf längere Zeit bestellten Bevollm., dessen Vollm. vor Ablauf der Zeit widerrufen, nachdem ihm der Widerruf bekannt geworden. Vgl. RG. 2 S. 30, 34 (HGB.), 3 S. 186 (gem. R.) Der Verzicht auf Widerruf durch den Machtgeber, die vertragsmäßige Bestellung eines Bevollm. für eine bestimmte Zeitdauer oder ein bestimmtes Geschäft in der Verpflichtung, das Geschäft durch keinen Andren ausführen zu lassen, hat deshalb rechtlich nur die Wirkung, daß die Ansprüche des Bevollm.

zurückgenommen werden sollen, während es in solchem Falle keiner wechselseitigen Einigung bedarf, und selbst wenn die wahre Absicht des Machtgebers zweifelhaft sein mag, dies doch den Mandatar nicht berechtigt, von der ihm abverlangten Vollmacht ganz so, als ob sie nicht zurückgefordert wäre, fernerhin Gebrauch zu machen.

Ganz anders ist dagegen das Verhältniß zwischen dem Machtgeber und dritten Personen, mit denen der Mandatar, im Besitz der ihm zugestellten Vollmacht, Namens des Ausstellers derselben, kontrahirt hat, zu beurtheilen. Nach § 91 I 13 hat derjenige, der mit dem Bevollmächtigten zu unterhandeln im Begriffe steht, das Recht, keineswegs aber die Pflicht, die Vorzeigung der Vollmacht zu verlangen. Es kommt mithin, um die von dem Mandatar geschlossenen Verträge in Gemäßheit des § 85 a. a. O. für den Machtgeber verbindlich zu machen, im Wesentlichen nur darauf an, daß der Erstere sich zur Zeit der Abschließung derselben wirklich im Besitze einer ihn dazu ermächtigenden Vollmacht befand, wie den auch der § 8 nur erfordert, daß er subjektiv durch einen schriftlichen Auftrag legitimirt gewesen sei, und es folgt hieraus, daß dem dritten Kontrahenten, der mit dem Mandatar, während derselbe noch die ihm ertheilte Vollmacht besaß, kontrahirt hat, wenn ihm nicht der Mangel des guten Glaubens entgegensteht, von dem Machtgeber nicht mit dem Einwande begegnet werden kann, daß er dem Bevollmächtigten das ihm ertheilte Mandat gekündigt habe. Die Rückforderung der dem Mandatar behändigten Vollmacht ist dem Machtgeber, der das Mandat zurücknehmen will, im § 161 ganz unbedingt, folglich auch für den Fall zur Pflicht gemacht, wenn es zwischen ihm und dem Mandatar gar keines schriftlichen Vertrages bedurfte, mithin auch an sich der Rücktritt von dem Vertrage, so weit es sich nur um ihr eigenes gegenseitiges Verhältniß handelt, unter allen Umständen nur eine mündliche Erklärung erfordern würde. Jene Vorschrift erscheint daher vorzugsweise auf diejenigen, welche mit dem Mandatar sich einlassen könnten, berechnet. Eine Klage wider den Machtgeber steht ihnen, selbst wenn ein von ihnen unmittelbar mit demselben geschlossener Vertrag bloß mündlich hätte errichtet werden dürfen, nur insofern zu, als der Bevollmächtigte durch einen schriftlichen Auftrag legitimirt war. Diese Vollmacht aber reicht anderer Seits aus, um den Machtgeber zur Erfüllung der auf Grund, so wie nach Inhalt derselben in seinem Namen von dem Mandatar eingegangenen Verbindlichkeiten zu verpflichten. Sie bildet gleichsam ein dem

---

über den im § 162 h. t. bestimmten Umfang auf das gesammte Vertragsinteresse ausgedehnt werden. So OHG. 23 S. 324. Die Preußische Praxis hat den Satz nicht so bestimmt ausgesprochen, obwohl das Erk. a. auch davon ausgeht, daß das Belassen des Bev. in der Stellung nicht erzwingbar; in dem Falle lag übrigens ein aus eigentl. Vollm. und Vertrag über Handlungen gemischtes Verhältniß vor. Sicher ist sie aber in dem Satz, daß aus dem § 159 h. t. nicht folgt, daß der vertragsmäßige Ausschluß des Widerrufs verboten, und daß aus der Widerruflichkeit nicht folgt, daß sich der Machtgeber in Fällen der Art, wie sie das Erk. a. behandelt, willkürlich von der Gegenleistung losmachen kann. Der Grundsatz pacta sunt servanda gilt auch hier. In StrA. 21 S. 31 hatte A. den B. beauftragt, seine beiden Ackerpläne für 4000 zu verkaufen und für den Fall des Verkaufs eine Belohnung und den Mehrerlös zu zahlen versprochen, sich auch verpflichtet, die Pläne bis zu bestimmter Zeit nicht zu veräußern oder zu verpachten, ohne ihm 200 für die bis dahin gehabte Mühe zu zahlen. Trotzdem verkaufte A. selbst vor dem Zeitpunkte. Hier ist der Anspruch auf die 200 durchgedrungen, weil der Vertr. die Natur eines zweiseitigen lästigen Vertrags habe, auf den Präj. 1991, Erk. a. anzuwenden. In StrA. 64 S. 237 hatte A. den B. beauftragt, für einen bestimmten Preis zu verkaufen, Provision und das erzielte plus dem B. zugesagt und sich verpflichtet, bis zu einer bestimmten Zeit, in welcher der Auftrag auszuführen, nicht zu widerrufen; für den Fall des Rücktritts war eine Strafe stipulirt. Das ObTr. führt hier wie in dem ähnlichen Falle StrA. 69 S. 46 aus, daß weder durch den Begriff der Vollm. noch durch § 159 h. t. das vertragsmäßige Aufgeben des Rechts auf Widerruf oder dessen Abhängigkeit von Bedingungen und Leistungen ausgeschlossen sei, noch weniger nach §§ 292 ff. I 5 das Fixiren einer

Mandatar in die Hände gegebenes Band, wodurch er in den Stand gesetzt ist, den Machtgeber und den Dritten, mit dem er in den Grenzen des erhaltenen Auftrags verhandelt, gegenseitig ebenso, als ob sie selbst mit einander kontrahirt hätten, zu binden. Der bloße Widerruf des Mandats kann nicht genügen, ihm jene Fähigkeit wieder zu entziehen, und es ist mithin hauptsächlich deshalb im § 161 verordnet, daß der Machtgeber, der den dem Mandatar ertheilten Auftrag widerrufen will, die demselben zugestellte Vollmacht zurückfordern muß. Der Natur der Sache nach läßt sich die bloße Zurückforderung der Vollmacht ebenso wenig, wie die bloße Kündigung, in Bezug auf dritte Personen für ausreichend halten, vielmehr muß die wirkliche Zurückgabe erfolgen, wenn der Hauptzweck des Gesetzes erreicht, oder, mit anderen Worten, der Bevollmächtigte außer Stand gesetzt werden soll, den Machtgeber durch seine eigenen ferneren Handlungen einem dritten Kontrahenten gegenüber zu verpflichten, und es ist gerade im Verhältniß zu diesem die wirkliche Wiederaushändigung der Vollmacht an den Machtgeber um so mehr für erforderlich zu erachten, je weniger man sie in Bezug auf die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten des Mandatars und des Mandanten als wesentlich ansehen will.

Außer dem Falle der Kündigung werden übrigens alle Aufträge nach § 186, 187 a. a. O. namentlich auch durch die eingetretene Unfähigkeit des Machtgebers, seinen eigenen Geschäften vorzustehen, so wie beziehungsweise, insofern sie nicht ausdrücklich mit auf die Erben gerichtet waren, in der Regel durch den Tod desselben geendigt. Doch erklärt der § 200, obgleich alsdann das Mandat Kraft des Gesetzes erlischt und aus diesem Grunde hierbei von der Nothwendigkeit einer Zurückforderung der dem Mandatar ertheilten schriftlichen Vollmacht in den Gesetzen nicht die Rede ist, dessen ungeachtet die Geschäfte für gültig, welche von dem Letzteren mit einem Dritten abgeschlossen worden, ehe derselbe von dem Ableben, oder der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Wissenschaft erlangt hat, wenn auch der Bevollmächtigte davon unterrichtet gewesen wäre, und es geht hieraus ebenfalls hervor, daß die von dem Mandatar errichteten Verträge dadurch allein noch nicht ungültig werden können, daß ihm das Mandat vorher schon gekündigt und er von dem Machtgeber zur Rückgabe der Vollmacht aufgefordert war. Nach § 167 a. a. O. ist ferner der Machtgeber, wenn er dem Bevollmächtigten die Verhandlung des Geschäfts mit einer gewissen bestimmten Person aufgetragen hat, oder wenn ihm sonst bekannt war, mit wem der Letztere sich in Verhandlungen darüber eingelassen, diesen Dritten von dem Widerrufe der Vollmacht zu benachrichtigen verbunden, und er muß, wenn er dies nicht gethan hat, in Gemäßheit des § 168 die von dem Bevollmächtigten auf Grund der Vollmacht geschlossenen Verhandlungen wider sich gelten lassen, sollte auch der

---

nach § 163 h. t. unzweifelhaft nicht ausgeschlossenen Entschädigung im Voraus durch Abrede einer Konventionalstrafe oder Wandelpön. Nach §§ 159, 163 h. t., §§ 292—298, 310 I 5 wird man die Zulässigkeit der Konventionalstrafe nicht bestreiten können; davon geht auch OHG. 23 S. 324, 329 aus. Daß der willkürliche Widerruf den Machtgeber nicht von der Verpflichtung entbindet, den Bev. von den bis dahin übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, und für die bis dahin gehabten Bemühungen zu entschädigen, StrA. 21 S. 31, 36, folgt aus § 163 h. t. u. § 164 h. t. schließt nicht einmal die Möglichkeit aus, daß der Bev. noch nach dem Widerruf zur Befreiung von solchen Verbindlichkeiten Geschäfte vornimmt, die der Machtgeber anerkennen muß. In OHG. 6 S. 180 ist in Uebereinstimmung mit den angeführten Urtheilen des ObTr. angenommen, daß aus § 159 h. t. nicht folgt, daß der Bev. bei einseitigem Widerruf ohne Weiteres den Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung verliert, die wohl sein Interesse darstellen kann.

Die Bedeutung des Widerrufs für den Dritten behandelt das wichtige Präj. Erk. b. Aus §§ 170, 171 würde an sich die Unwirksamkeit jedes Geschäfts des Bev. nach dem Widerruf folgen, aber ähnlich wie durch § 200 h. t. wird der gutgläubige Dritte geschützt, der den Widerruf nicht kennt und nicht kennen muß, und letzteres nach dem Zusammenhange der §§ 167, 168, 169, 170 nicht angenommen, wenn die Vollm. in den Händen des Bev. trotz Rückforderung oder ohne Rückforderung geblieben, oder wenn der Machtgeber die Benachrichtigung vom Widerrufe unterläßt, obgleich er dem Bev. in der Vollm. oder außerhalb derselben den Dritten, mit dem er verhandeln soll, bezeichnet hat oder sonst weiß, mit wem der Bev. verhandelt. Das Unterlassen der Abnahme bez. in letzterem Falle der Benachrichtigung

Abschluß derselben erst nach dem nicht zur Kenntniß des Dritten gelangten Widerrufe erfolgt sein, während zugleich dem Machtgeber nach § 169 wegen des ihm daraus erwachsenen Schadens nur der Regreß gegen den Bevollmächtigten zusteht. Dagegen verordnet der § 170, daß der Machtgeber außer dem Falle des § 167 und wenn er nicht weiß, mit wem der Bevollmächtigte verhandelt hat, die Unternehmungen, deren der Letztere nach erhaltenem Widerrufe sich angemaaßt, nicht anzuerkennen braucht. Der § 171 fügt hinzu, daß der Dritte, mit dem der Bevollmächtigte dergleichen Verhandlungen unter Verschweigung des Widerrufes abgeschlossen, sich wegen des aus der Ungültigkeit des Geschäfts ihm entstehenden Schadens nur an den Mandatar halten kann und der vorige Richter findet nun seine Ansicht, daß es, um die von dem Bevollmächtigten geschlossenen Verträge für den Machtgeber unverbindlich zu machen, der wirklichen Rückgabe der Vollmacht bei geschehener Kündigung keinenfalls bedürfe, namentlich durch diese §§ 170, 171 bestätigt. Doch kann ihm hierin nicht beigetreten werden. Schon an sich ist die Vorschrift des § 161 zu bestimmt und kategorisch gefaßt, als daß die darin dem Machtgeber zur Pflicht gemachte Zurückforderung der Vollmacht, deren Zweck wiederum wenigstens in Bezug auf dritte Personen unerreicht bliebe, wenn die wirkliche Aushändigung der Vollmacht nicht hinzuträte, für unwesentlich erachtet werden könnte und es lassen auch die §§ 170, 171 ebenso wenig die ihnen von dem vorigen Richter gegebene Deutung zu, als sie eine ausdrückliche Disposition enthalten, welche die Ausantwortung der Vollmacht an den Machtgeber unerheblich erscheinen ließe. Wenn in den §§ 167, 170 davon ausgegangen wird, daß es dem Letzteren bekannt oder resp. unbekannt gewesen sei, mit wem der Bevollmächtigte sich eingelassen habe; so werden dabei, wie auch die §§ 168, 171 und zugleich außerdem die §§ 163—166 ergeben, zur Zeit des Widerrufes von dem Mandatar mit irgend einem Dritten auf Grund der Vollmacht bereits angeknüpfte, wenn gleich noch nicht zum Abschlusse gediehene Unterhandlungen vorausgesetzt und es ist in dem ersten Falle neben der Zurücknahme der Vollmacht die ausdrückliche Benachrichtigung jenes Dritten von dem geschehenen Widerrufe, ohne Zweifel mit Rücksicht darauf vorgeschrieben, daß er die zur Zeit des Beginnes der mit dem Mandatar gepflogenen Unterhandlungen, durch die in den Händen des Bevollmächtigten befindliche Vollmacht, welche er sich nur einmal vorzeigen zu lassen brauchte, vorhandene Legitimation desselben für sich geltend machen kann. Allerdings hätte möglicher Weise dieselbe Rücksicht auch in dem zweiten Falle, wenn dem Machtgeber nicht bekannt war, mit wem der Mandatar sich eingelassen hat, für durchgreifend erachtet werden können. Doch wird dadurch, daß alsdann auf die vor dem Abschlusse des Geschäfts erfolgte Beseitigung

---

neben der Abnahme gilt als culpa lata. Dies nimmt auch StrA. 57 S. 82 u. Erk. c. Nr. 241 an und übereinstimmend damit OHG. 4 S. 294, 302; 13 S. 193, 195; 10 S. 374, 381; 11 S. 45, 47; 16 S. 337. In letzterem wird die Frage ausführlich unter Berücksichtigung abweichender Ansicht der GesRev. Pens. IV S. 241 behandelt. In der That kann die zeitliche Ueberschreitung der Vollm. gegenüber dem Dritten nicht anders behandelt werden, als die Ueberschreitung der Vollm. im Umfange, von der der Dritte nicht unterrichtet ist und nicht unterrichtet zu sein braucht, weil sie aus der Vollm. nicht hervorgeht, oder weil ihm die nachträgliche Einschränkung der für einen fortlaufenden Geschäftsverkehr bestimmten Vollm. im Laufe des Geschäftsverkehrs nicht mitgetheilt worden ist. Vgl. OHG. 10 S. 374, 381.

Auf demselben Standpunkt steht das gem. R., l. 11 §§ 2—5 D. 14, 3; l. 12 § 2; l. 34 § 3 D. 46, 3, und das Handelsrecht, Art. 46, 55, 298 HGB. Vgl. RG. 9 S. 313 für Badensches R.

Ueber die Beweislast betr. Bestehn, Nichtbestehn, Aufhebung der Vollm. vgl. StrA. 14 S. 292; 43 S. 101 u. OHG. 19 S. 316 unter Nr. 69, Bd. 1 S. 270, 271. Im Allgemeinen hat die Existenz der Vollm. zu beweisen, wer Rechte oder Pflichten daraus herleitet. Die Frage kommt praktisch namentlich auch in Betracht, wo Kläger den Bekl. aus einem Geschäft in Anspruch nimmt, das der Bekl. nicht im eignen Namen, sondern in Vollm. eines Andern geschlossen haben will. Regelmäßig hat der Kläger zu beweisen, daß der Bekl. der Verpflichtete, d. h. in eignem Namen kontrahirt, da dessen Behauptung, daß er in fremdem Namen kontrahirt, nichts ist als das Bestreiten der Entstehung eigner Verpflichtung. Aber wer kontrahirt, ohne zu erkennen zu geben, daß er für einen Andern kontrahirt, gilt als Kontrahent.

jener Legitimation das entscheidende Gewicht gelegt ist, die Nothwendigkeit der Zurücknahme der Vollmacht, ohne deren Besitz der Mandatar nicht weiter legitimirt ist, keineswegs ausgeschlossen und es läßt sich nicht daraus folgern, daß der Machtgeber ein selbst erst nach geschehenem Widerrufe von dem Mandatar auf Grund der in seinen Händen gebliebenen Vollmacht mit einem Dritten eingegangenes Geschäft allein schon deshab, weil er die Ausantwortung der Vollmacht schon vorher von demselben verlangt hatte, anfechten könne. Freilich scheint der im Eingange des § 167 hervorgehobene Fall, wenn dem Bevollmächtigten die Verhandlung mit einer gewissen bestimmten Person aufgetragen worden, auch solche Geschäfte zu umfassen, welche der Bevollmächtigte nach erfolgtem Widerrufe überhaupt erst unternommen hat, und wäre dies wirklich unbedingt anzunehmen, so ließe sich allerdings, wenn nicht etwa der Machtgeber selbst schon mit jener dritten Person in unmittelbare Verbindung getreten ist, keineswegs absehen, wozu es außer der Zurücknahme der Vollmacht auch noch der Benachrichtigung der erwähnten Person von dem geschehenen Widerrufe bedürfen sollte, indem sie ohnehin den Machtgeber nicht in Anspruch nehmen kann, wenn sie mit einem Mandatar, der nicht durch den Besitz einer ihm von dem Ersteren ertheilten Vollmacht legitimirt war, kontrahirt hat. Doch könnte dies noch immer nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß auf die Zurücknahme der Vollmacht, namentlich wenn dem Bevollmächtigten die Verhandlung nicht mit einer dergleichen im Voraus bezeichneten Person aufgegeben war, an sich kein Gewicht zu legen sei. Zugleich läßt sich nach dem Inhalte der §§ 167 ff. in der That nicht bezweifeln, daß dabei, soweit es sich um den Eintritt der an die unterbliebene Benachrichtigung des dritten Kontrahenten geknüpften Folgen handelt, überall, mithin auch in dem Falle, den der § 167 an die Spitze stellt, an Verhandlungen, welche der Mandatar schon vor dem Widerrufe der Vollmacht angeknüpft hatte, gedacht ist, und daß jene Bestimmungen durchweg wesentlich auf dieser Voraussetzung beruhen, so wie die nähere Feststellung des Verhältnisses zwischen dem Machtgeber, dem dritten Kontrahenten und resp. dem Bevollmächtigten, nicht minder aber zwischen den beiden Letzteren untereinander, bei einem erst nach dem Beginne, jedoch noch vor dem Abschlusse der mit dem dritten Kontrahenten gepflogenen Unterhandlungen erfolgten Widerrufe bezwecken. Der § 168 erklärt, wie gesagt, den Machtgeber an die von dem Bevollmächtigten auf Grund der Vollmacht eingegangenen Verträge, selbst wenn sie erst nach dem Widerrufe zum Abschlusse gediehen sein sollten, für gebunden, sobald dem Bevollmächtigten eine bestimmte Person, mit der er zu kontrahiren habe, genannt oder dem Machtgeber sonst bekannt war, mit wem derselbe sich eingelassen und er diesem Dritten von dem auch sonst nicht zu dessen Kenntniß gelangten Widerrufe zu benachrichtigen versäumt hat. Daß aber ein erst nach dem Abschlusse des Geschäfts erfolgter Widerruf der bindenden Kraft desselben keinen Ertrag mehr thun kann, liegt ohne Weiteres zu Tage und es leuchtet mithin ein, daß durch den Nachdruck, der dessen ungeachtet auf den späteren Abschluß gelegt ist, eben nur die unter den obigen Bedingungen anzunehmende Gültigkeit der schon vor dem Widerrufe eingeleiteten, jedoch erst hinterher wirklich abgeschlossenen Verhandlungen ausgesprochen werden sollte. Die Fälle, wenn der Machtgeber den Bevollmächtigten ausdrücklich zur Eingehung des beabsichtigten Geschäfts mit einer bestimmten Person angewiesen, oder wenn er sonst erfahren hatte, mit wem der Mandatar ohne solchen speziellen Auftrag in Verbindung getreten war, sind hierbei insofern ganz gleichgestellt, als sie zur Zeit des Widerrufes schon begonnene Verhandlungen voraussetzen

---

Davon gehen OHG. 22 S. 222 u. RG. 2 S. 194, 3 S. 122 aus. Vgl. auch OHG. 4 S. 174, 18 S. 294, 23 S. 57. In OHG. 15 S. 262, 264 hatte A. den B. beauftragt, Sachen aus einem Raume in Leipzig nach Dresden zu transportiren, B. die Sachen in ein Leipziger Lagerhaus geschafft und den Lagerschein in Händen. B. behauptete gegen die Klage auf Aushändigung des Lagerscheins, daß er die Sachen im Auftrage eines Dritten deponirt und für diesen den Lagerschein habe. Hier hatte A. genug bewiesen, wenn er den Auftrag, die Annahme und den Erwerb der Sachen durch B. bewies, während B. dann zu beweisen hatte, daß er nicht in Ausführung dieses Auftrages gehandelt, die Obligation aus dem Auftrage aufgehoben oder nicht rechtswirksam geworden. In OHG. 18 S. 294 ist ein Fall behandelt, wo aus den Umständen der Beweis entnommen, daß der Beklagte nicht im eignen Namen,

und der Unterschied liegt nur darin, daß der Machtgeber, selbst wenn er noch nicht weiß, ob der Bevollmächtigte die ihm aufgetragene Verhandlung mit der ihm genannten bestimmten Person begonnen, diese letztere von dem geschehenen Widerrufe unterrichten muß, während seine Pflicht, den Dritten, mit dem der Mandatar sich in Verbindung gesetzt hat, von dem Widerrufe zu benachrichtigen, der Natur der Sache nach dadurch, daß er von dem Beginne der Verhandlungen Kenntniß erhalten, bedingt erscheint, wenn er hiermit zugleich erst erfährt, wem jene Nachricht zu ertheilen ist. Der Gegensatz aber, in welchem die §§ 170, 171 zu den §§ 167—169 stehen, beruht nur darin, daß der Machtgeber, dem Bevollmächtigten weder eine bestimmte Person, mit der er zu verhandeln habe, bezeichnet, noch sonst in Erfahrung gebracht hat, mit wem inzwischen bereits verhandelt worden, oder daß eines von beiden der Fall war, und es wird im übrigen in den §§ 170, 171 ganz derselbe Thatbestand wie in den §§ 167—169 vorausgesetzt.

Der Kläger hat ausdrücklich behauptet und Beweis darüber angetreten, daß die in Rede stehende Vollmacht dem S. grade dazu ertheilt worden sei, um mit ihm Holzverkäufe abschließen zu können. — Wenn der App.-Richter diese Behauptung für unerheblich erklärt, weil die bestimmte Person, mit der zu verhandeln dem Mandatar aufgegeben worden, in der Vollmacht selbst genannt sein müsse, falls die unterbliebene Benachrichtigung derselben von dem Widerrufe der Vollmacht die Folge haben solle, daß der Machtgeber auch an die späterhin von dem Bevollmächtigten mit jener Person geschlossenen Verhandlungen gebunden sei, so läßt sich diese Rechtsansicht wiederum nicht billigen. Denn der Eintritt jener Folge kann, wie einer Seits durch dies Stillschweigen des Machtgebers, so anderer Seits nur dadurch bedingt sein, daß er überhaupt gewußt hat, mit wem der Mandatar bereits in Unterhandlung getreten war, oder mit wem derselbe auf Grund der ihm ertheilten bestimmten Anweisung sich inmittelst in Verbindung gesetzt haben könnte und an wen er sich daher mit der Anzeige des geschehenen Widerrufs zu wenden habe. Dies liegt schon in der Natur der Sache. Es ergiebt sich aber auch zugleich ebenfalls daraus, daß die Fälle, wenn der Machtgeber dem Mandatar die Verhandlung des Geschäfts mit einer bestimmten ihm bezeichneten Person aufgetragen, oder wenn er sonst, folglich auf irgend eine andere Weise in Erfahrung gebracht hat, mit wem derselbe in Verbindung getreten ist, sich gleichgestellt sind und es kann daher hierbei auf den Inhalt der Vollmacht, die den Mandatar bei einer allgemeinen Fassung jedenfalls auch zur Verhandlung mit einer ihm nebenbei von dem Machtgeber zu diesem Zwecke benannten Person legitimirt, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden.

---

sondern als Bevollm. gehandelt. A. wollte ein Pferd verkaufen, beauftragte den B., B. machte durch die Zeitungen bekannt, daß er das Pferd des A. zu verkaufen habe, und verkaufte es sodann an C., den er auf den Hof des A. geführt. In dem Kaufvertrage war B. als Verkäufer aufgeführt, das Kaufgeld an ihn bezahlt. Als C. gegen ihn mit der redhib. klagte, wendete B. ein, daß er nicht in seinem Namen, sondern nur als Bevollm. des A. verkauft. Das OHG. hat dies auch angenommen, nachdem die vorgetragenen Thatsachen erwiesen und daß C. die Anzeige in der Zeitung gelesen. Eine gesetzliche Vermuthung dafür, daß Jemand als Bev. gehandelt, besteht selbst für den socius einer Handelsgesellschaft nicht, Art. 274, 114, 96 HGB. Art. 96 bezieht sich nur auf das Verhältniß der Socien untereinander; im Verhältniß zu Dritten entscheiden die Art. 114, 115, OHG. 18 S. 226.

Nr. 239. §§ 21—28, 37—64; §§ 98—109, 110—117, 118; Anh. §§ 44—46; §§ 131—139, 142—146, 201—209, 210—216. Vollmacht. Umfang. Ueberschreitung. Wirkung. Das Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. actio mandati directa. (Kollision der Interessen. General- und Spezialvollmacht.) Substitution.*)

a. Erk. v. 19. Dez. 1865; StrA. 62 S. 104.
b. Erk. v. 18. Okt. 1864; StrA. 54 S. 333.
c. Erk. v. 6. Nov. 1862; ObTr. 48 S. 79.

Im Falle a. hatte A. den B. mit der Vermittlung des Verkaufs seines Grundstücks beauftragt und ihm ein Proxenetikum für seine Bemühungen versprochen, falls durch seine Vermittlung das Geschäft zu Stande komme. B. brachte den Verkauf an C. zu Stande, seiner Klage auf Zahlung des Proxenetikums wurde aber entgegengesetzt, dass er einen gleichen Auftrag gegen Belohnung von C. selbst erhalten. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter abgewiesen. — Im Falle b. hatte A. im Auftrage des B. den Tausch des Grundstücks desselben mit dem Gute des C. zu Stande gebracht und auf Zahlung der versprochenen Provision geklagt. B. exzipirte, dass A. von C. selbst beauftragt, das Gut gegen ein Haus zu vertauschen, wogegen A. replizirte, dass bei Ertheilung des Auftrages an ihn dem B. der Auftrag des C. bekannt gewesen. In 2. u. 3. Instanz ist verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. an B. mit der Bedingung verkauft, dass das Grundstück in einer bestimmten Weise nicht solle benutzt werden dürfen, sein mit Vollmacht zur Abtretung und Verzichtleistung versehener Bevollmächtigter aber demnächst durch Vertrag mit B. diese Bedingung aufgehoben. Es fragte sich, ob er dazu befugt. Das ObTr. hat mit dem 2. Richter bejaht.

Gründe: a. Der App.-Richter sagt im Eingange seiner Entscheidungsgründe, daß die Entscheidung der Sache davon abhänge, ob Kläger als Bevollmächtigter des Verklagten oder eines der beiden Kontrahenten anzusehen, oder aber ob er lediglich als Vermittler des Geschäfts zwischen den Kontrahenten einfach unterhandelt habe und seine Bemühungen nur darauf gerichtet gewesen, das Geschäft zu Stande zu bringen. Indem dann der Richter nur für die erstere Alternative kollidirende Interessen annimmt, legt er rücksichtlich des Scheins, welcher der Klage zum Grunde liegt, ein wesentliches Gewicht darauf, daß in demselben keine Stelle enthalten, welche nur andeute, daß der Kläger den Verklagten vertreten, insbesondere dessen Geldinteresse nach irgend einer Seite hin wahrnehmen solle, während er rücksichtlich des Käufers feststellt, daß nur für die einfache Vermittelung, falls der Handel zu Stande kam, dem Kläger 200 Thlr. versprochen seien.

Obwohl der Richter es vermeidet, das Präj. 1687 und den § 22 I 13 ALR., welche der erste Richter zur Anwendung gebracht hatte, zu widerlegen, ja nur zu zitiren, so zeigen doch schon die angeführten Stellen des Urtheils, daß hier nicht eine Würdigung der speziellen Sachlage, sondern eine von jenem Präj. verschiedene Rechtsanschauung, betreffend die Natur des Proxenetikums, des Vermittelungsgeschäfts, vorliegt. Die spezielle Sachlage ist auch von derjenigen aller ähnlichen Fälle durchaus nicht verschieden. Sowohl in dem Scheine, auf den Kläger sich stützt, als in dem von dem Käufer bekundeten Versprechen wurde dem Kläger eine

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 410; Dernburg 2 § 181 (1 § 154 Besitzerwerb); Förster (Eccius) 2 § 241 IV (3 § 160 V, § 178). — Ueber die allgemeinen Voraussetzungen der Begründung eines wirksamen Rechtsverhältnisses zwischen Machtgeber und Be-

Belohnung zugesichert für seine Bemühungen, falls durch seine Vermittelung das Geschäft des Verkaufs zu Stande komme. Das aber ist der im Präj. 1687 behandelte Fall. Die Vermittelung des Kaufgeschäfts ist, sobald ein solcher Vertrag dazwischen liegt, keine objektive, keine freiwillige, sondern sie ist eine Handlung, die für den vorgenommen wird, dem sie stipulirt ist und der sie belohnt. Es ist also dadurch dem Kläger der Auftrag ertheilt worden, ein Geschäft für den Auftraggeber vorzunehmen, das dieser sonst selbst hätte vornehmen müssen. Dies entspricht dem im § 5 I 13 des ALR. aufgestellten Begriffe, welcher „Auftrag“ und „Vollmacht“ synonym definirt, und wie in dem Falle, der dem Präj. 1687 zum Grunde liegt, näher entwickelt worden, durchaus nicht, weder eine Repräsentation des Auftraggebers, noch eine besondere Natur des zu leistenden Dienstes voraussetzt, auch die Anwendung römisch-rechtlicher Begriffe in der letzteren Beziehung ausschließt, da auch die Gratuität des mandati im Preuß. R. wegfällt. Sollte also der zweite Richter, wie dies aus den Worten, man sehe nicht, ob Kläger den Verklagten habe vertreten sollen, den Anschein gewinnt, an eine Repräsentation des Klägers gedacht haben, welche in der allegirten Sache und ähnlichen andern von Appellationsgerichten als ein Requisit des Vollmachtsvertrages aufgestellt war, so würde dies dem § 5 a. a. O. und dem gedachten Präj. entgegen sein. Jenes Präj. hatte aber den Zweck, die Anwendbarkeit des Begriffs „Auftrag“ und damit des § 22 I 13 auf den Proxenetikumsvertrag festzustellen, letzteres für den Fall, daß ein kollidirendes Interesse vorliege, was der Richter hier an sich nicht in Abrede stellt, sobald Mandat angenommen wird. Als die Frage im Jahre 1850 von dem vierten

---

vollm. (Form, Ausführung) und der actio directa vgl. unt. Nr. 236, 237. Der Inhalt der actio dir. wird durch die Verpflichtung des Bevollm. aus der Vollm. gebildet. Die Verpflichtungen gehn wesentlich auf die Ausführung des Auftrages, und zwar durch den Bevollm. selbst (Substitution), in den Grenzen des Auftr., auf die Prästation der diligentia, auf die Restitution alles dessen, was der Bevollm. durch den Auftr. und dessen Ausführung erhalten hat (Besitz- u. Eigenthumserwerb durch den Machtgeber) und auf Rechenschaftslegung. Zu den Pflichten des Bevollm. gehört nach §§ 21 ff. vorweg die Ablehnung und das Nichtbehalten eines Auftrags, bei dem der eigene Vortheil mit dem des Machtgebers kollidirt, und die Ablehnung von Aufträgen verschiedener Personen, deren Interessen kollidiren. (Vgl. VO. § 86; II 18 §§ 29, 46.) Ohne diese Kollision ist die Annahme des Auftrages von mehreren Personen für dasselbe Geschäft begrifflich nicht ausgeschlossen. An der Anwendung dieser Bestimmungen auf Aufträge im weiteren Sinne als Ermächtigung zu einem Thun, Handeln ohne verpflichtende Willenserklärung für den Auftraggeber im Gegensatze zu der Vollmacht als dem Auftr. zur eigentlichen Stellvertretung durch Willenserklärung Namens des Vertretenen und für denselben, Erk. a., ist konstant festgehalten. In dem Erk. a. wird dies durch die zweifelhafte Ausführung begründet, daß Auftrag und Vollmacht im § 5 h. t. synonym gebraucht. Weder das im Erk. angezogene Präj. 1687 noch die folgenden Erk. drücken dies so bestimmt aus. Das Präj. 1687 geht nur dahin, daß die Vorschriften in I 13, namentlich § 22, nicht außer Anwendung bleiben bei einem Rechtsgeschäft, wodurch der Auftrag ertheilt, einen Kauf zu vermitteln oder zu Stande zu bringen. Wiederholt ist der Rechtssatz des Präj. zunächst in ObTr. 23 S. 308 (StrA. 5 S. 94), wo A. zuerst von B. den Auftrag, für einen bestimmten Preis zu verkaufen, und dann von C. den Auftrag, für ihn den Ankauf zu vermitteln, erhalten und den Verkauf und Kauf zu Stande gebracht hatte. Hier ist seine Klage auf Zahlung der Provision gegen B. abgewiesen. Es wird ausgeführt, daß das Verhältniß des Agenten, Kommissionärs der Natur der Sache und allen Rechtsbegriffen nach kein anderes als das des Mandatars zum Mandanten sei, der Anwendbarkeit der Vorschrift über das Mandat nicht unbedingt entrückt sei, wenn auch die Praxis die möglichst schonende Anwendung der Vorschr. über das Mandat zur Geltung gebracht habe. Die Kollision wird darin gefunden, daß der Verkäufer einen möglichst hohen, der Käufer einen möglichst niedrigen Preis zu erzielen suchen müsse. Auch in StrA. 5 S. 90 ist ausgeführt, daß der Auftrag auf Abschließung eines Vertrags, auch wenn er nur dahin geht, die Unterhandlungen zu leiten und den Vertrag vorzubereiten, unter das Mandat falle. Ebenso wird in StrA. 19 S. 258; 52 S. 226; 54 S. 333; 70 S. 331 der Auftrag zur Vermittlung dem Mandat im Sinne §§ 21 ff. gleichgestellt. Auch RG. 4 S. 222 (1. Senat) u. RG. 4 S. 290 (3. S.) haben sich dem im Wesentlichen angeschlossen, wobei in letztrem angedeutet, daß der

Senate an das Plenum gebracht wurde, war in diesem Senate die Rechtsansicht, daß ein Auftragsverhältniß anzunehmen, nicht bestritten, vielmehr ging die Tendenz nur dahin, über die Existenz des kollidirenden Interesses bei der Vermittelung von Kaufverträgen einen bestimmteren, in dem Präj. absichtlich vermiedenen Ausspruch zu erhalten. Unter Beibehaltung der Ansicht, daß der Begriff des Mandats auf solche Geschäfte passe, wurde durch den PlBeschl. v. 17. Juni 1850 das Präj. in seiner Fassung aufrecht erhalten und auch der Entscheidung der Sache selbst zum Grunde gelegt, wobei die Formulirung und Ausarbeitung eines neuen Präj. des Pleni unterblieb, weil ein Konflikt nicht vorhanden war, die Frage, ob kollidirende Interessen vorliegen, aber dem Einzelfalle überlassen bleiben sollte. Diesem Präj. entsprechend ist dann fortwährend vom vierten Senate entschieden worden auch unter Vernichtung der App.-Entscheidungen, welche, wie die vorliegende, einen engeren Begriff des Vollmachts-Auftrages und deshalb die Anwendbarkeit des § 22 a. a. O. angenommen hatten. (Vgl. StrA. 5 S. 91, 95.) Sollte der App.-Richter jene Ansicht von der Repräsentation beim Mandate nicht haben aussprechen wollen, so würde er darum nicht minder gegen den Rechtsbegriff des letzteren, gegen den § 22 I 13 und das Präj. 1687 verstoßen haben, weil er eben, sogar ohne einen solchen juristischen Grund, den Auftragsvertrag und den Proxenetikumsvertrag einander als spezifisch verschiedene Rechtsgeschäfte entgegenstellt, während der Proxenetikumsvertrag nur eine Spezies des ersteren ist.

Hiernach ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, und es können die weiteren einzelnen Erörterungen über das hier in Rede stehende Geschäft und dessen Aus-

---

Auftr. zum Vermitteln nicht Vollmacht im eigentlichen Sinne. In StrA. 72 S. 47 hebt das ObTr. dagegen wieder hervor, daß § 21 h. t. darauf beruhe, daß der Mandatar die Persönlichkeit des Mandanten beim Geschäftsabschlusse vertritt, — und leitet daraus den ganz zweifellosen Satz her, daß nach § 21 ein Vertr. nicht ungültig sei, der die Belohnung des Vermittlers eines Kaufs nach Proz. des vom Eigenthümer selbst stipulirten Preises bestimmt. Viel vorsichtiger verhält sich das OHG. bei der Anwendung auf kaufmännische Vermittlungsgeschäfte unter Hinweis auf die Art. 67 ff. HGB. über Mäkler, OHG. 9 S. 238; 7 S. 90. Es wird betont, daß Auftr. zur Vermittlung nicht dem Auftr. zum Abschluß unter bestimmten Bedingungen gleichstehe, solcher Auftrag nicht ohne Weiteres unter § 22 h. t. falle. Es wird deshalb stets konkret zu prüfen sein, was unter Vermittlung verstanden und worin die Vermittlung bestanden, ob der Beauftragte das Interesse des Auftraggebers wahrzunehmen oder nur zu unterhandeln und als Vertrauensmann beider Theile zu fungiren hatte, und ob kollidirende Interessen wirklich vorhanden. Denn das Vermitteln kann schon in dem Zuführen, Nachweisen, in dem Uebermitteln des unbeeinflußten Konsenses bestehn, StrA. 14 S. 214; 40 S. 128; Art. 66, 67 HGB., ist nicht nothwendig das Herbeiführen des Konsenses, bei welchem der Willensentschluß der Kontrahenten durch den Beauftragten beeinflußt wird oder beeinflußt werden kann. Letztres muß jedenfalls für die Anwendung des § 22 vorausgesetzt werden. Die Praxis hat denn auch gefunden, daß § 22 da nicht anzuwenden, wo der Auftrag und seine Ausführung nur im Zuführen, Nachweisen, Mittheilen der gegenseitigen Propositionen bestanden, StrA. 19 S. 258; 52 S. 226, und daß derjenige, der für A. nur zuführen und nachweisen soll, demnächst, nach der Zuführung und dem Nachweis, für den Zugeführten vermitteln, d. h. einen bestimmten Preis herbeiführen kann, StrA. 5 S. 90. Dies rechtfertigt sich schon dadurch, daß der Auftr. zum Nachweis, Zuführen, in Wahrheit nichts ist, als ein Auftrag zu thatsächlichem Verrichten, der nicht unter das Mandat gebracht werden kann. Auch von kollidirenden Interessen kann dabei nicht füglich die Rede sein. Verneint ist solche Kollision z. B. in StrA. 43 S. 94, wo die Frau dem Manne, dessen Gut unter Subh. stand, Vollmacht zum Bieten und Erstehn für sie ertheilt hatte, und nachher den Zuschlag anfocht, weil die Vollmacht nach § 21 h. t. ungültig. Dies ist verneint.

Für das gem. u. französ. R. ist die Praxis übrigens ohne die §§ 21 ff. aus dem Gesichtspunkte der bona fides bei den Konsensualverträgen, l. 2 § 3 D. 44, 7; 1 1 § 1 D. 19, 1; l. 1 § 2 D. 44, 4; art. 1134, 1135 C. civ. zu gleichem Resultate gelangt, ObTr. 62 S. 103; StrA. 75 S. 174, und es fragt sich, ob dieser Gesichtspunkt nicht auch für das ALR. ohne die Verwirrung des reinen Vollmachtsbegriffs genügt hätte.

Aus demselben Gesichtspunkte rechtfertigt sich auch ohne Weiteres das Erk. b., welches die Anwendung des § 22 aus der ratio desselben da versagt, wo der Machtgeber Kenntniß

führung auf sich beruhen bleiben. Dieselben berühren aber ebenfalls die unrichtige Rechtsanschauung des Richters, indem derselbe, den Auftrags-Standpunkt verkennend, übersieht, daß ein Vermittler für den Käufer nicht blos für das zu Standekommen des Geschäfts, sondern auch dafür zu sorgen hat, daß es zu dem möglichst billigen Preise zu Stande komme, während ein Vermittler für den Verkäufer das umgekehrte Interesse zu besorgen hat.

In der Sache selbst kann die Bestätigung des ersten Urtheils nicht zweifelhaft sein. Wenn es schon die Regel bildet, daß die Interessen des Verkäufers und Käufers diametral entgegengesetzt sind, und daß daher ein Mandat, welches auf Vermitteln und Zustandebringen eines Kaufgeschäfts gerichtet ist, mit Redlichkeit nicht für beide übernommen werden darf, § 22 I 13, so zeigt der vorliegende Fall keine Ausnahme hiervon.

Gründe: b. Nach § 22 I 13 ALR. darf zwar ein Bevollmächtigter Aufträge verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, nicht annehmen, eine Vorschrift, welche nach dem Präj. 1687 auch dann, wenn Jemand der Auftrag, einen Kauf oder Tausch zu vermitteln oder zu Stande zu bringen, gegen Vergütung ertheilt ist, im Falle kollidirender Interessen nicht außer Anwendung bleiben soll. Jenes Gesetz und seine Anwendung auf die Aufträge zu Geschäfts-Vermittelungen hat jedoch nur den Zweck, jede der beiden Personen, unter welchen das Geschäft zu Stande gebracht werden soll, vor Kollusion ihres Beauftragten mit dem Gegenkontrahenten zu bewahren. Von der Besorgniß einer solchen Gefahr abstrahirt aber

---

von dem kollidirenden Auftrag hat. Ebenso RG. 4 S. 222, wo A. durch B. an C. Kartoffeln verkauft, Provision bei erfolgter richtiger Abnahme versprochen hatte, obwohl er unterrichtet war, daß B. auch von C. Auftrag, den Ankauf zu vermitteln und anzukaufen, hatte, gleichwohl aber gegen den Anspruch auf die Provision sich auf § 22 h. t. berief. Dies ist verworfen, nachdem festgestellt, daß der Kläger auch bei der Abnahme bona fide und loyal verfahren. Entgegengesetzte Interessen allein machen, wie sich aus § 25 h. t. ergiebt, die Uebernahme und Ausführung der Vollm. verschiedener Personen rechtlich nicht unmöglich, jedenfalls da nicht, wo der Bevollm. bestimmte Instruktion erhalten und befolgt oder wo der Bevollm. als der Vertrauensmann beider Theile in dem Sinne zu denken, daß er ein beiden Theilen möglichst günstiges Ergebniß zu erreichen suchen soll. Dies ist thatsächlich und rechtlich sehr wohl denkbar. Vgl. RG. 6 S. 11, 16 u. unt. Nr. 236.

Der Fall des § 21 liegt auch dann vor, wenn der eigene Vortheil des Beauftragten in dem Verdienste aus dem gleichzeitig oder später erhaltenen weitren Auftrage besteht. Ein Beispiel giebt RG. 4 S. 290, wo A. ein Gut besaß, das B. in antichret. Pfandbesitz hatte, A. für 550000 verkaufen, B. dafür kaufen wollte, wenn er sofort einen Käufer fände, den C. mit dem Aufsuchen eines Käufers und dem Zustandebringen des Geschäfts beauftragte und ihm 30000 versprach, wenn er für 580000 verkaufe. C. fand einen Käufer und brachte den Verkauf an D. für 580000 zu Stande, nachdem er sich auch von D. für seine Bemühungen 6000 hatte versprechen lassen und dem D. zugeredet hatte, für 580000 zu kaufen. Hier konnte C. die Provision von 30000 nicht verdienen, wenn D. nicht für 580000 kaufte, während D.'s Interesse war, für 550000 zu kaufen, für die A. verkauft haben würde, was C. wußte. Hier ist sowohl § 21 wie § 22 angewendet.

Der Verstoß des Beauftragten gegen die §§ 21, 22 h. t. berührt an und für sich das zwischen den Kontrahenten des Geschäfts selbst durch den Abschluß begründete Rechtsverhältniß nicht, da sich keiner gegenüber dem andern auf den dolus des eignen Bevollmächtigten oder im Falle § 21 der Machtgeber dem Dritten gegenüber auf den dolus seines Bevollmächtigten berufen kann, wenn nicht §§ 75 ff., 84, 89 I 4 vorliegen. Nur wenn Kollusion zwischen dem Bevollmächtigten und dem Gegenkontrahenten vorliegt, d. h. der kollidirende Auftrag vom Kontrahenten dem Bevollm. des Gegenkontrahenten in der Absicht, ihm Schaden zuzufügen, gegeben, kann nach §§ 25—27 das Geschäft selbst aufgerufen werden. So OHG. 9 S. 238, 240, wo A. den B. beauftragt, von C., dem Schuldner des A., Sachen durch Vertrag zu beschaffen, um die Wechselforderung des A. an C. dadurch zur Tilgung zu bringen, B. den Auftrag ausgeführt, A. die Sachen erhalten, verkauft, auf die Klage des C. aber, welcher die Tilgung der Wechselschuld behauptete, einwendete, daß die Tilgung nicht erfolgt, weil B. auch von C. Belohnung für die Bewirkung des Kaufs durch A. erhalten. Dies

derjenige freiwillig, welcher den Auftrag zu einer Geschäfts-Vermittelung ertheilt, obgleich er weiß, daß der von ihm Beauftragte bereits von der andern Seite zu dieser Vermittelung Auftrag erhalten hat. Ein solcher Auftraggeber kann daher aus diesem ihm bereits zur Zeit der Auftragsertheilung bekannt gewesenen Umstande keinen Grund herleiten, dem auch von ihm Beauftragten, wenn das Geschäft demnächst durch ihn zu Stande gebracht ist, die ihm dafür versprochene Belohnung vorzuenthalten. Auch dem Verklagten war sonach eine solche Befugniß nicht einzuräumen.

Wie hiernach die Beschwerde über Verletzung der §§ 22 ff. I 13 unbegründet erscheint, so ist auch die Beschwerde unbegründet, daß der App.-Richter den § 35 I 3 ALR. mit Unrecht außer Anwendung gelassen habe. Der Kläger fordert die streitige Belohnung nicht auf Grund einer unerlaubten Handlung, sondern auf Grund des ihm vom Verklagten geleisteten Versprechens, und wenn sich der Kläger bei Ausführung des dagegen von seiner Seite übernommenen Auftrages eines gesetz- oder vertragswidrigen Verhaltens schuldig gemacht haben sollte, so würde dies zwar den Verklagten zum Ersatz des dem Kläger daraus etwa erwachsenen Schadens verpflichten, nicht aber den Kläger zur Vorenthaltung der dem Verklagten für die Ausführung jenes Auftrages versprochenen Belohnung rechtfertigen.

Gründe: c. In der Lehre von der Entsagung der Rechte werden zunächst die Begriffe von Entsagung, Erlaß und Verzichtleistung definirt, §§ 378, 379 I 16 ALR. Danach ist Entsagung: die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen

---

ist verworfen. Dagegen ist der Anspr. auf die etwa zugesagte Belohnung verwirkt und die gezahlte zurückzugeben. In StrA. 70 S. 331 wird dies aus § 35 I 3 hergeleitet, in dem Erk. b. dieser Gesichtspunkt verworfen; der Verlust rechtfertigt sich ohne § 35 I 3 aus dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung des Vertrages.

Eine weitere Folge an den Verstoß gegen die §§ 21 ff. knüpfen die §§ 25, 26. Ueber den mit den §§ 62—64 h. t. in Zusammenhang stehenden § 26 vgl. Nr. 239a.

Den übernommenen Auftr. hat der Bevollm. regelmäßig selbst auszuführen, § 37 h. t. Nach der Vertrauensnatur des Vollm. liegt die Substitutionsbefugniß nicht in, sondern außerhalb seines Wesens. Der Machtgeber wird durch den willkürlich Substituirten nach § 85 h. t. nicht vertreten, braucht das Verhandelte nicht für sich gelten zu lassen und nicht gegen sich, wenn er es auch genehmigen kann. Dem steht § 38 h. t., der in der Haftung des Bevollm. für den willkürlich Substituirten nur eine Folge der willkürlichen Substitution ausspricht, nicht entgegen. In OHG. 25 S. 91 sind diese Sätze im Wesentlichen ausgesprochen. Eine Baugesellschaft hatte einen Bahnhofsbau übernommen und zur Leitung desselben einen Baudirektor und Streckenbaumeister bestellt, die zum Abschluß von Materiallieferungsverträgen befugt waren. Einer der Bauaufseher hatte Cement für den Bau bestellt. Als die Gesellschaft daraus belangt wurde, lehnte sie ihre Verpflichtung ab, wurde in den Instanzen aber verurtheilt, weil der Baumeister dem Bauführer, dieser dem Aufseher die Befugniß zu Bestellungen übertragen hatte. Das OHG. hat vernichtet, indem es die Befugniß zu solcher Uebertragung verneint, weil der Wille des Machtgebers präsumtiv nur dahin gehe, durch den bestellten Bevollm. verpflichtet zu werden. Deshalb muß die Substitutionsbefugniß ausdrücklich übertragen sein, wenn sie das Gesetz nicht statuirt, — vgl. z. B. CPO. § 77 (Substitutionsbefugniß des Anwalts im Prozeß; ebenso schon früher Präj. 2033; ObTr. 16 S. 310) — oder die Substitution nach der Natur des Geschäfts nothwendig, üblich, oder nach dem Inhalt der Vollm. und den konkreten Umständen die Ausführung durch den Bevollm. selbst unwesentlich, §§ 46, 47 h. t. Ueber einen Fall vorausgesetzter Genehmigung zur Substitution vgl. ObTr. 48 S. 87 zu §§ 215 ff. I 14 (mand. qualific. an die Ehefrau; Ausführung durch den Ehemann). Wo die Substitutionsbefugniß vorliegt oder die Substitution genehmigt, wird nach § 40 h. t. ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Substituten wie zwischen Machtgeber und Bevollm. begründet, und zwar auf beiden Seiten, so daß die actio dir. gegen den Substituten, die act. contr. gegen den Machtgeber geht. Für letztre vgl. das angezogene Erk. ObTr. 48 S. 87. Für erstre giebt StrA. 41 S. 39 ein Beispiel. A. hatte zum Verwalter seines Möbelgeschäfts den B. bestellt und in dessen Auftrage die Ehefrau B. das Magazin an C. verkauft. Als A. gegen die verehl. B. auf Zahlung des Erlöses klagte, wies der 2. Richter

zu wollen. Dieses allgemeine Mittel zur Aufhebung von Verbindlichkeiten aber begreift unter sich den Erlaß, wenn von einem bereits erworbenen, und die Verzichtleistung, wenn von einem noch zu erwerbenden Rechte die Rede ist.

Der zweite Richter stützt seine Entscheidung auf eine Spezial-Vollmacht, welche nur zu Verzichtleistungen ermächtigt, obwohl er anerkennt, daß das aufgegebene Recht von den Klägern bereits wirklich erworben sei. Imploranten beschuldigen den Richter, hierdurch die §§ 103, 109 I 13 und §§ 378, 379 I 16 rechtsgrundsätzlich verletzt zu haben. Diese Anklage ist nicht begründet. Allerdings zwar wird in den angezogenen Vorschriften die Verzichtleistung als eine species der Entsagung, wenn es sich um noch zu erwerbende Rechte handelt, bezeichnet. Allein das gedachte Gesetzbuch hat diese enge Terminologie nicht überall festgehalten. Es ist daher zu untersuchen, ob der auch bei der Lehre von den Vollmachten vorkommende Ausdruck: „Verzichtleistung" in derselben engen Bedeutung gebraucht oder ob nicht darunter auch Erlaß von (erworbenen) Rechten zu verstehen ist. Daß der enge Gebrauch, nach welchem Entsagung und Verzichtleistung in dem Verhältniß wie genus und species stehen, in dem ALR. nicht überall festgehalten wird, ergiebt zunächst der § 134 I 5: Zu Entsagungen und Verzichtleistungen sind schriftliche Urkunden erforderlich. Nach jener Begriffsbestimmung hätte der Gesetzgeber sagen müssen: zu Entsagungen sind schriftliche Urkunden erforderlich, — wofern er nicht zum Theil sich einer Tautologie schuldig machen wollte.

Aus einer anderen Stelle ergiebt sich aber auch geradehin, daß auch die Entsagung erworbener Rechte eine Verzichtleistung genannt wird. In der Lehre von der Bürgschaft handelt es sich um die Verwarnung von Frauenspersonen, welche

---

ab, weil kein Rechtsverhältniß zwischen A. und der verehl. B. vorhanden. Das ObTr. vernichtete, weil aus §§ 4, 10, 40, 62, 63 I 13 (§§ 109, 129, 130 I 14) folge, daß der Machtgeber gegen den Substituten direkte Klage habe, vorausgesetzt, daß der Bevollm. dem Substit. den Auftrag nicht in eignem Namen gegeben. Es kam deshalb darauf an, festzustellen, ob dies der Fall oder ob die Ehefrau gewußt, daß der Ehemann nur Verwalter für A. war, in welchem Falle die Substitution anzunehmen war.

Im Falle des § 38 h. t. (Substit. ohne Befugniß) haftet der Bev. für den Substituten wie für sich selbst; danach haften Beide, wenn der Machtgeber nicht das Geschäft selbst ablehnt. Ueber die §§ 54 ff. hinaus eine Haftung für casus anzunehmen, wird dadurch nicht gerechtfertigt. Ganz unzweifelhaft war dies in dem Falle ObTr. 9 S. 370, der jetzt nach Art. 401 HGB. zu entscheiden. A. hatte dem B. Frachtgut zur Beförderung übergeben, B. es durch C. transportiren lassen, auf dem Transport war das Gut verbrannt, A. nahm den B. in Anspruch, weil die Uebertragung an C. unzuläßig. Dies war schon damals, und ist jetzt nach Art. 401 HGB. gewiß nicht richtig, aber das ObTr. deduzirt auch, daß die Substitution, auch wo sie nicht zuläßig, keine gemißbilligte Handlung im Sinne § 13 I 3, daß § 38 h. t. die Folge nicht zugelassener Substitution bestimme, § 13 I 3 unanwendbar. Der § 13 I 3 würde übrigens auch ohnedies den Fall nicht getroffen haben. Vgl. auch §§ 240, 241 I 7.

Der Bevollm. hat das Geschäft innerhalb der Grenzen der ihm ertheilten Vollm. auszuführen, §§ 49, 85, 90, 142 ff. h. t. Für das Verhältniß zwischen dem Machtgeber und Bevollm. bestimmt sich der Umfang der Vollm. zunächst lediglich nach dem, was zwischen ihnen mündlich oder schriftlich darüber abgemacht ist; es ist nicht fraglich, daß der Bevollm. mündliche Instruktion neben der schriftl. Vollm. beachten muß. Im Uebrigen entscheidet nach §§ 53, 98 h. t. an erster Stelle die Natur des Geschäfts und das, was zur Vollziehung desselben erforderlich ist, vgl. auch § 104; dies ist konkret zu prüfen. Danach ist z. B. unbedenklich, daß der zum Mitbieten und Kautionsbestellung in dem Versteigerungstermin Bevoll. die Kaution auch mit der Hyp. seines Machtgebers bestellen kann, StrA. 7 S. 129, daß nach § 104 h. t. schon früher, was nach CPO. §§ 77. 79, 475, 482, 529 nicht mehr fraglich, angenommen werden konnte, daß der Anwalt im Prozeß zur Zurücknahme des Rechtsmittels befugt, ObTr. 15 S. 492; Präj. 1920; StrA. 58 S. 121, daß der zur Auf- und Annahme von Versicherungsverträgen bestellte Spezialagent einer Versicherungsgesellschaft auch zur Annahme und Beförderung der damit in Verbindung stehenden Anzeigen und zur Ablehnung von Anträgen befugt, OHG. 2 S. 242, 245. Andrerseits ist nach § 98 h. t. möglich, daß die Vollm. zum Abschluß eines Vertrages den Bevollm. ermächtigt, zu Gunsten seines

fremde Verbindlichkeiten in subsidium übernehmen. Diese Verwarnung muß also hinzukommen, wenn eine Frauensperson, deren Forderungen im Hypothekenbuche eingetragen sind, der ihr aus der Eintragung zukommenden Priorität entsagt, § 230 I 14 ALR. Der § 231 bestimmt: Dagegen ist, wenn eine Frau auf ein ihr zustehendes Recht überhaupt gänzlich Verzicht leistet, ein solches Geschäft nach den Regeln von der Bürgschaft nicht zu beurtheilen. Daß der Ausdruck „Verzichtleisten“ in diesem Falle sich auf wirklich erworbene Rechte bezieht, ist nach dem ganzen Zusammenhange unverkennbar. Wenn demnach die Terminologie der §§ 378, 379 I 16 die Frage nicht entscheidet, so ist zu untersuchen, ob bei der Lehre von der Spezial-Vollmacht im § 103 I 13 der Ausdruck „Verzichtleistung“, nur in der engeren Bedeutung von noch nicht erworbenen, oder ob er in weiterer Auffassung zugleich von bereits erworbenen Rechten zu verstehen ist. Soviel ist zunächst klar, daß wenn der Ausdruck: „verzichten“ in § 103 nicht auch den Erlaß erworbener Rechte in sich begreift, daß alsdann für diese Art der Entsagung eine Spezial-Vollmacht gar nicht vorgeschrieben ist. Allein der ganze Zusammenhang der Vorschriften ergiebt das Gegentheil.

Die §§ 99 bis 102 a. a. O. beschäftigen sich mit Rechtsstreitigkeiten und deren Verfolgung, die §§ 103 bis 109 aber beziehen sich auf wirkliche Rechte und Sachen.

Nach diesen Vorschriften ist eine besondere Vollmacht nöthig: 1) in Ansehung gewisser Sachen, nämlich der Grundstücke, welche gekauft und verkauft, belastet oder entlastet werden sollen, §§ 106—108. 2) zur Empfangnahme von Sachen und Geldern des Machtgebers, § 105. 3) zur Veräußerung von Rechten des Machtgebers, § 103, und 4) zur unentgeltlichen Uebertragung von Rechten oder Sachen

---

Machtgebers die Erfüllung durch den Dritten durch Stipuliren einer Konventionalstrafe zu sichern, während es außerhalb der Vollmacht liegen kann und regelmäßig liegen wird, den Machtgeber durch Stipuliren einer Konventionalstrafe zu verpflichten, wenn solche Stipulation nicht etwa bei dem konkreten Geschäft üblich und präsumtiv vorausgesehn, Präj. 1450 und Präj. 2782; ObTr. 80 S. 284, von denen erstres das Stipuliren einer Konventionalstrafe ohne Spezialvollm. unterschiedslos ausschließt, letztres zu Gunsten des Machtgebers gestattet. Von dieser Auffassung des § 98 geht auch OHG. 22 S. 114 aus, wenn es annimmt, daß eine Generalvollm. zur Führung aller Geschäfte vor Gerichten und andren Behörden und mit Privatpersonen nicht genügend, um den Bevollm. zur Wechselausstellung zu Lasten des Machtgebers zu ermächtigen, und dabei ausführt, daß die §§ 99 ff. nur einzelne Beispiele aufführen, von dem Gedanken ausgehend, daß die aufgeführten Geschäfte die Person des Machtgebers unmittelbar berühren und von weittragender Bedeutung für Person und Vermögen sind, deshalb präsumtiv nicht im gewöhnlichen Rahmen der Vollm. liegen, wodurch aber nicht ausgeschlossen wird, daß nicht auch andre Geschäfte konkret nach der Natur des Geschäfts nicht in den Rahmen der Vollm. fallen.

Zur Auslegung der §§ 99 ff., neben denen übrigens noch §§ 134 ff. h. t. in Betracht kommen, sind hier noch zu erwähnen: OHG. 22 S. 194, daß generelle Vollm. zur Erhebung von Geldern zu allen Erhebungen legitimirt (abgesehn von §§ 116, 117 h. t.), StrA. 54 S. 65, daß nach §§ 101, 102 die Vollm. zum Vergleich die zum Kompromiß nicht in sich schließt, ObTr. 48 S. 79, Erk. c. zu §§ 103, 109, daß Spezialvollm. zum Abtreten und Verzicht auf Rechte die Ermächtigung zum unentgeltlichen Erlaß in sich enthält, §§ 378, 379, 393 I 16, ObTr. 20 S. 328, wo § 103 auf den Fall angewendet, daß der Vertreter einer erlaubten Privatgesellschaft, § 12 II 6, ohne schriftl. Spezialvollmacht, das von der Gesellschaft gemiethete Lokal aftervermiethet, das unt. Nr. 236 erwähnte Erk. ObTr. 11 S. 341 als Beispiel der Anwendung des § 105 auf den Fall der §§ 622, 623, 628 II 2.

Ueber die Bedeutung der §§ 99 ff. für das Verhältniß zum Machtgeber und Dritten vgl. unt. Nr. 237. Vgl. auch Art. 41 ff., 114, 116 HGB.

Die Bedeutung der Ueberschreitung der Vollm. ist verschieden; die Ueberschreitung kann anders wirken im Verhältniß zum Dritten, der die Ueberschreitung nicht kannte und kennen mußte, vgl. unt. Nr. 241, und anders im Verhältniß zum Machtgeber. Sie verpflichtet den Machtgeber jedenfalls dem Bevollm. gegenüber nicht und verpflichtet diesen zum Schadensersatz. Ueber die Bedeutung des „soweit“ in § 90 h. t. vgl. unt. Nr. 241. Danach muß auch im Verhältniß des Bevollm. zum Machtgeber die theilweise Gültigkeit des Geschäfts soweit als es dem Auftrage entspricht, zugestanden werden, falls die Theilung nicht der Natur des Geschäfts

des Machtgebers; § 109. Der Fall zu 3 tritt ein, wenn das veräußerte Recht gänzlich untergeht durch die Willenserklärung des Bevollmächtigten, und wenn es auf einen anderen Berechtigten übergeht.

Diese beiden Fälle hat der Gesetzgeber umfaßt, indem er die Spezial-Vollmacht für nothwendig erklärte, wenn ein Recht des Machtgebers einem Dritten abgetreten oder wenn darauf Verzicht geleistet werden soll. Daß der Gesetzgeber hierbei noch zu erwerbende Rechte unter einen größeren Schutz habe stellen wollen, als bereits erworbene, dafür fehlt es an jeder ratio legis.

Der § 103 umfaßt nach dem Vorgetragenen den Erlaß und die Verzichtleistung von Rechten. Es fragt sich aber: genügt eine hierauf lautende Vollmacht auch zu Entsagungen von Rechten, welche unentgeltlich geschehen? Die §§ 103 bis 108 enthalten Rechtsgeschäfte, bei denen es auf die Veräußerung von Rechten des Machtgebers von Grundstücken, welche demselben gehören, sowie auf die Belastung und Entlastung der letzteren ankommt. Hierbei wird in keinem Falle unterschieden, ob die Rechte des Machtgebers titulo oneroso oder gratoito aufgegeben werden. Abgesehen von dem § 109 a. a. O. würde daher kein Zweifel darüber stattfinden können, daß die Spezial-Vollmacht, welche auf dergleichen Geschäfte gerichtet ist, auch in dem Falle genügt, wenn dem Auftraggeber gegen das von ihm aufgegebene Recht oder gegen die von ihm übernommene Pflicht keine Gegenleistung ausbedungen wird. Nun aber verordnet der § 109: Auch zu Schenkungen aller Art, im Namen des Machtgebers, ist eine Spezial-Vollmacht nothwendig.

---

und dem Interesse des Machtgebers widerspricht. Die Wirkung der Ueberschreitung fällt aber nach §§ 51, 142 ff. h. t. fort, wenn der Machtgeber die Ueberschreitung ausdrücklich oder stillschweigend, letztres namentlich durch Aneignen der Vortheile aus dem Geschäft genehmigt, ohne daß er etwa zu dieser Genehmigung dem Dritten gegenüber verbunden. Darüber, daß diese Genehmigung mündlich dem Bevollm. oder dem Dritten gegenüber erfolgen kann, vgl. Erk. d. Nr. 237 und das dazu Angeführte. In dem PlPr. Erk. d. Nr. 237 ist dargelegt, daß die Ueberschreitung der Vollm. der neg. gestio gleichsteht und wie diese durch Genehmigung bindend wird, und zwar nach §§ 142, 143, 146 h. t. sowohl dem Dritten wie dem Bev. gegenüber, § 239 h. t.; OHG. 9 S. 238 u. ObTr. 46 S. 102 (StrA. 43 S. 35) unt. Nr. 242a u. StrA. 81 S. 280 unt. Nr. 145d., Bd. 1 S. 719. Daß mit der Genehmigung auch der Schadensanspruch fortfällt (vgl. RG. 7 S. 302), erscheint nicht bedenklich, wenn nicht der besondere Sachverhalt Abweichung begründet, z. B. die Genehmigung erwiesen und erfolgt, um weiter gehenden Schaden, für den der Bev. verhaftet sein würde, abzuwenden.

Nach § 145 h. t. muß der von der Ueberschreitung in Kenntniß gesetzte Machtgeber in den Acceptationsfristen der §§ 90 ff. I 5 sich über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung erklären. Daraus kann gefolgert werden, daß nach Ablauf der Frist abweichend von §§ 126, 127 h. t., die Genehmigung für abgelehnt gilt. Darauf beruht ObTr. 18 S. 220. A. hatte den B. beauftragt, in seinem Namen Spiritus zu billigem Preise mit 3 Monat Ziel, sofort lieferbar zu kaufen, und B. angezeigt, daß er zu $63^1/_2$ von C. gekauft, aber nicht sofort lieferbar, sondern $^1/_2$ nach 8 Tagen, $^1/_2$ noch später. A. antwortete nicht, C. trat zurück, lieferte nicht und A. nahm den B. auf die Differenz in Anspruch, weil er nicht schriftlich mit C. so kontrahirt, daß dieser gebunden. Das ObTr. wies ab, weil A. sich auf die Anzeige des B. von dem gegen die Vollm. geschlossenen Geschäft nicht erklärt und deshalb sowohl B. wie C. zurückzutreten befugt gewesen. Vgl. Präj. 1240 unt. Nr. 241. Nach § 146 soll der Dritte Anspr. auf Schadensersatz haben, wenn die nach § 145 schuldige Erklärung des Machtgebers unterlassen wird. Klar ist diese Bestimmung nicht. OHG. 10 S. 374, 377 nimmt an, daß der Schadensersatz unter Umständen (welche?) darin bestehen kann, daß der Machtgeber das Geschäft genehmigen muß. Da § 145 den Machtgeber zur Erklärung verpflichtet, so kann gemäß § 61 I 4 geschlossen werden, daß Stillschweigen des Machtgebers als Genehmigung gilt, womit aber § 146 wieder im Widerspruch steht.

Das ist dagegen nicht zweifelhaft, daß die Vorschriften über die Wirkung der auch blos mündlichen und stillschweigenden Genehmigung der Ueberschreitung der Vollm. voraussetzen, daß der Bevollm. das Geschäft des Machtgebers ausgeführt hat, also z. B. nicht, wenn der mit der Cession Beauftragte die Forderung für eigne Schuld verpfändet hat. Vgl. zu § 63 h. t. unt. Nr. 239a. u. unt. Nr. 241.

Es besagt ferner der § 378 I 11 a. a. O., welcher von Abtretung der Rechte handelt: Wird ein Recht ohne Vergeltung abgetreten, so ist die Handlung als eine Schenkung anzusehen. Ferner der § 393 I 16: Eine unentgeltlich geschehene Entsagung ist einer Schenkung gleich zu achten. Es muß hiernach die Frage aufgeworfen werden: ob der im § 109 gewählte Ausdruck „Schenkungen" von solchen Schenkungs-Verträgen zu verstehen ist, welche sich sowohl in Ansehung ihrer Form, als auch ihrer Wirkung als Schenkung darstellen, oder ob hier nicht blos die in der Lehre von den Schenkungsverträgen gedachten Schenkungen und nicht auch solche Geschäfte bezeichnet werden, welche nur in ihrer Wirkung den Schenkungen gleich stehen? Zuvörderst ist hierbei der Ausdruck: „Schenkungen aller Art" unerheblich; denn auch die Lehre von den eigentlichen Schenkungen, wie sie in §§ 1037 ff. I 11 vorgetragen wird, umfaßt verschiedene Arten von Schenkungen. Sodann aber kommt wesentlich in Betracht, daß eine Vollmacht ihrem Zwecke nach dazu dienen soll, den Bevollmächtigten einem Dritten gegenüber zu einem gewissen Geschäft zu legitimiren. Eine solche Legitimation aber ist sowohl bei der Abtretung, als auch bei der Entsagung von Rechten durch den darauf gerichteten Auftrag bewirkt. Der Akt der Cession enthält eine Uebergabe von Rechten, der Akt der Entsagung ein Mittel zur Aufhebung von Verbindlichkeiten. Ob und welche Gegenleistung bedungen ist, gehört nicht zum Wesentlichen der Cession, noch auch zum Wesen der Entsagung. Die diesfallsigen Vereinbarungen umfaßt das von diesen Rechtshandlungen in ihrem Wesen verschiedene pactum de cedendo bezw. pactum renuntiativum. Es ist aber anzunehmen, daß der § 103 sich nur auf das Wesentliche des Geschäfts, nicht auf eine hinter demselben liegende Uebereinkunft bezieht. *Ob demnächst der Cessions- oder Entsagungsakt in seiner Wirkung angefochten werden kann, ist eine andere Frage, als ob die Rechtshandlung an sich gültig ist.* Hiernach und in Erwägung, daß man bei den speziellen Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, für welche eine besondere Vollmacht nöthig ist, eine ausdehnende Analogie nicht füglich eintreten lassen darf, muß die auf Entsagungen lautende Vollmacht für genügend erachtet werden, wenn auch für die Entsagung keine Gegenleistung bedungen wird.

Nr. 239a. §§ 26, 37—64, 201 ff., 210 ff. Vollmacht. Wirkung. Das Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem. actio mandati directa. (Eigenthumserwerb. Restitutionspflicht. diligentia. Rechnungslegung. Mehrere Machtgeber und Bevollmächtigte.)*)

a. PlPräj. 2052 v. 2. Okt. 1848; ObTr. 17 S. 19.

b. Erk. v. 23. April 1863; StrA. 49 S. 172.

c. Erk. v. 26. Jan. 1871; StrA. 80 S. 271.

Im Falle a. hatte R. im Auftrage und für Rechnung des H., aber im eigenen Namen Bergwerksgrundstücke gekauft, nachträglich notariell anerkannt, dass er dieselbe für H. erkauft, das Eigenthum abgetreten, war aber mit seiner Ehefrau, *mit der er in Gütergemeinschaft lebte*, im Besitz geblieben. Als die H.schen Erben *gegen die Eheleute* auf Herausgabe klagten, wandte die Ehefrau ein, dass die Grundstücke durch den Kauf in eigenem Namen Eigenthum der Eheleute geworden, die der Ehemann ohne ihre Zuziehung nicht habe veräussern dürfen, und es kam in Frage, ob H.

---

*) Vgl. Litteratur unter Nr. 239. Die praktisch wichtigste Wirkung der Vollmacht und der wesentlichste Inhalt der actio directa ist, daß, wie der Vertreter das Organ ist, durch

durch den Kauf Eigenthum oder nur einen persönlichen Anspruch gegen R. erworben. Das Plenum hat letzteres angenommen. — Im Falle b. handelte es sich um die Frage, ob der Bevollmächtigte von den für den Mandanten erhobenen Geldern vom Empfang ab und aus der blossen Nichtablieferung zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet, oder erst von der mora ab. Letzteres ist angenommen. — Im Falle c. war der Beklagte bevollmächtigt, Forderungen einzuziehen und aus den eingezogenen Beträgen Ausgaben zu machen. Als auf Rechnungslegung geklagt wurde, wies der 2. Richter ab, weil nicht Rechnungslegung, sondern nur Rechenschaft zu verlangen. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Die Entscheidung der streitigen Frage beruht in dem Wesen des bei dem Kauf zum Uebergange des Eigenthums erforderlichen Akts der Uebergabe. Schon nach gem. R. muß, damit durch die Tradition Eigenthum übergehe, der Tradent an den Empfänger veräußern, dieser von jenem erwerben wollen. Soll Besitz, resp. Eigenthum durch einen Stellvertreter erworben werden, so muß daher der Repräsentant den Willen haben, für seinen Prinzipal zu erwerben, und der Tradent wenigstens nichts Entgegengesetztes wollen, Puchta, Pand. § 148 a. E. Doch reicht es beim Erwerbe durch Stellvertreter schon nach l. 3. D. 39, 5.: „Si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit,“ hin, wenn auch nur der Tradent Willens ist, den Machtgeber in der Person seines Repräsentanten zum Besitzer zu machen, sollte gleich der Repräsentant untreuer Weise für sich haben erwerben wollen, v. Savigny, Besitz § 26. Immerhin ist also, damit der Machtgeber durch die an seinen Bevollmächtigten geschehene Uebergabe den Besitz, resp. das Eigenthum erwerbe, erforderlich, daß der Tradent nichts Anderes, als dieses beabsichtigte, daß er namentlich nicht den Bevollmächtigten zum Besitzer und Eigenthümer machen wollte. Wenn dagegen der Bevollmächtigte als Käufer in eigenem Namen auftrat, und demnach auch der Verkäufer mit dem Willen, ihn zum Eigenthümer zu machen, ihm tradirte, so gilt die Regel der l. 59. D. 41, 1: „Res, ex mandatu meo empta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.“

---

welches die Willenserklärung des Machtgebers erfolgt, die Willenserklärung des Bevollm. als die des Machtgebers gilt, OHG. 6 S. 406; alle Rechte aus der Willenserklärung Rechte des Machtgebers sind, das abgeschlossene Geschäft das seine ist, alle Vortheile desselben dem Machtgeber zukommen, §§ 62, 63 h. t. Dies gilt im Verhältniß zwischen Machtgeber und Bevollm. unbeschränkt, mag der Bev. im eignen Namen oder dem des Machtgebers gehandelt haben, vgl. Nr. 236, 237 namentlich Präj. 1333, 2326. Aber von Bedeutung ist, ob der Bev. im eignen Namen oder dem des Machtgebers gehandelt, insofern, als Eigenthums- und Besitzerwerb aus dem abgeschlossenen Geschäfte direkt und unvermittelt für den Machtgeber nur entsteht, wenn der Bevoll. in seinem Namen aufgetreten ist, während bei Handeln auf Grund Vollm., aber im eignen Namen zwar die Obligation aus § 62 h. t. durch den Erwerb entsteht, der Erwerb aber nicht direkt eintritt, sondern der Uebertragung durch den Bevollm. bedarf. Ueber diesen mit den gemeinrechtl. Grundsätzen übereinstimmenden Satz vgl. für den Besitzerwerb Nr. 140, 141, Bd. 1 S. 672, 677, namentlich auch Erk. b. Nr. 141, aus welchem hervorgeht, daß bei Auftrag zum Besitzerwerb generell bestimmter Gegenstände die erworbene species für den Machtgeber durch den für ihn auftretenden Bevollm. selbst ohne Kenntniß des Machtgebers erworben wird. Dasselbe gilt für den Eigenthumserwerb. Die Frage des Eigenthumserwerbes behandelt das PlPräj. Erk. a. Der Satz desselben, daß der Machtgeber das Eigenthum der vom Bev. im eignen Namen gekauften Sache nicht direkt, sondern erst durch die Uebergabe (körperliche Anweisung, constit. possess.) seitens des Bev. in Erfüllung der bis dahin nur bestehenden Obligation zur Eigenthumsübertragung erwirbt, ist vorher streitig gewesen, nachher nicht wieder bestritten, und vom OHG. und RG. auch auf den Eigenthumserwerb des Kommittenten bei Ausführung der Kommission durch den Kommissionär angewendet, OHG. 19 S. 78, 25 S. 250; RG. 11 S. 53, 56. In ObTr. 7 S. 368, Erk. a. Nr. 237 hatte das ObTr. aus § 62 den direkten Eigenthumserwerb für den Machtgeber geschlossen, und auch in ObTr. 10 S. 1, 13 beruhte der Satz, daß derjenige, welcher vom Bevollm., der im eignen Namen gekauft, erwirbt und weiß, daß der Bev. auf Grund Vollm. eines Dritten gekauft,

v. Savigny a. a. O. S. 353 Note 1 a. E. Es ist eine neue Tradition Seitens des Bevollmächtigten an den Machtgeber erforderlich, um diesen zum Eigenthümer zu machen.

Ganz dieselben Grundsätze hat das Preuß. R. angenommen. Zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums ist, wo nicht die Gesetze eine ausdrückliche Ausnahme machen, außer dem Titel, die auf Grund desselben erfolgende Uebergabe, oder aber die Besitzübertragung der Sache in der Absicht, die in dem Titel bezeichnete bestimmte Person dadurch zum Eigenthümer zu machen, erforderlich, ALR. I 7 § 58; 9 §§ 2—6; 10 § 1. Auch bei dem Kauf ist dies besonders anerkannt, I 11 §§ 12, 76, und der § 27 daselbst setzt noch besonders fest: „Dadurch, daß die erkaufte Sache mit eines Andern Gelde bezahlt, oder für einen Andern bestimmt worden, wird das rechtliche Verhältniß zwischen dem Käufer und Verkäufer in keinem Falle geändert." Hiernach besteht der Kontrakt, auf Grund dessen vermöge der Uebergabe das Eigenthum der erkauften Sache auf den Käufer übergeht, rechtlich wirksam nur zwischen den Personen, zwischen welchen die Absicht, das Eigenthum übertragen und anderseitig erwerben zu wollen, darin erklärt worden ist. Die auf Grund dieser wechselseitigen Erklärung erfolgte Uebergabe der Sache an den Käufer kann daher auch nur in Beziehung auf denjenigen ihre rechtliche Wirkung äußern, auf den nach Inhalt des Vertrages der Verkäufer das Eigenthum hatte übertragen, und denjenigen, welcher dasselbe hatte erwerben wollen.

Für den Erwerb eines Besitzes durch Stellvertreter bestimmt der § 45 I 7: „Nur in so fern Rechte durch Verträge eines Andern erlangt werden können, kann auch der Besitz durch die Handlungen eines Andern erworben werden." Gleichwie also eine Forderung aus dem von einem Andern für uns geschlossenen Vertrage unmittelbar — nicht aus unserm Beitritt, aus Zession, Erbrecht u. s. w. — uns nur zusteht, falls der Promittent sich uns verpflichten wollte, der Vertrag auf uns, als den Gläubiger lautet, so erwerben wir auch einen Besitz durch Stellvertreter nur, wenn unser Bevollmächtigter in unserm Namen kaufte, und von der andern Seite der Tradent zu keines Andern, als zu unserm Vortheil sich des Besitzes entschlagen wollte und denselben übertrug. Wenn dagegen unser Bevollmächtigter in eigenem Namen kauft, er also in dem Vertrage als derjenige benannt ist, auf den das

---

dem Machtgeber weichen muß, auf dem aus §§ 62, 63 h. t. abgeleiteten Satz, daß der Machtgeber Eigenthum erwirbt und deshalb § 24 I 10 anwendbar, wenn auch in den Gründen daneben der Satz vorkommt, daß der Machtgeber dem Bevollm. gegenüber Eigenthümer werde.

In ObTr. 69 S. 226 (StrA. 90 S. 157) ist der Grundsatz des PlPräj. auch auf den Erwerb von Forderungen angewendet. Der Gläubiger A. hatte eine Forderung seines Schuldners, des Kaufmanns B., gegen die C.sche Papierfabrik aus dem Verkauf von Lumpen pfänden und sich überweisen lassen. Die Ehefrau B. nahm die Forderung als ihr Eigenthum in Anspruch, weil sie Eigenthümerin des Handelsgeschäfts, in welchem B. als Handlungsbevollmächtigter fungirte, B. nach ihrer Behauptung in dieser seiner Eigenschaft die Lumpen verkauft. B. hatte aber die Lumpen im eignen Namen verkauft, ohne dem C. erkennen gegeben zu haben, daß er als Handlungsbevollm. verkaufe, und ohne daß auch bei C. der Wille obgewaltet, durch B. mit der verehel. B. zu kontrahiren. Der 2. Richter hielt nur für entscheidend, ob B. in Ausführung der Vollm. gehandelt. Das ObTr. hat mit Bezug auf das PlPräj., §§ 10, 61, 62, 154 h. t. Art. 52 HGB. vernichtet. Selbst wenn dem Dritten das Vollmachtsverhältniß bekannt, entsteht zwischen ihm und dem Machtgeber kein direktes Rechtsverhältniß; es besteht für ihn keine rechtliche Verpflichtung, das Mandatsverhältniß, wenn der Bev. in eignem Namen auftritt, nicht zu ignoriren; er will möglicherweise mit dem Machtgeber nicht kontrahiren, OHG. 4 S. 173, 174. (Ueber die dabei weiter in Betracht gekommene Frage, ob die obligatorische Beziehung des B. zu seiner Ehefrau den Gläubiger ex assign. berührte, vgl. zu I 16 dasselbe Erk. u. ObTr. 4 S. 224; 34 S. 450). Daß dagegen bei Handeln des Bevollm. im Namen des Machtgebers das erworbene Eigenth. dem Machtgeber direkt erworben wird, dafür giebt StrA. 39 S. 280 ein Beispiel. Hier hatte A. bei B. Vieh gepfändet, welches C. als sein Eigenthum in Anspruch nahm und erstritt, indem er bewies, daß er dasselbe in einer Auktion in der Exekution gegen B. dadurch erworben, daß D. in derselben als sein Bevollm. und in seinem Namen geboten und erstanden, daß im Auktionsprotokoll D. als Ersteher aufgeführt, wurde

Eigenthum übertragen werden sollte, so schließt solches zugleich ein: daß auch die Uebergabe in diesem Sinne geschah, daß mithin der Verkäufer unsern Bevollmächtigten zum Eigenthümer machen wollte. Ist dergestalt die Sache in eigenem Namen des Bevollmächtigten erkauft, so ist auch, wie im Röm. R. nach der l. 59 D. de acquir. rer. dom., kein anderer Erfolg denkbar, als: daß das Eigenthum auf den Bevollmächtigten, nicht auf den Machtgeber übergegangen ist. Dieser Erfolg erleidet auch keine Aenderung dadurch, daß der Bevollmächtigte etwa mit des Machtgebers Gelde zahlte, oder daß die Sache für den Letzteren bestimmt ist, wie durch den schon oben angeführten § 27 I 11 bereits nachgewiesen worden ist.

Hat nun aber der Bevollmächtigte in obigem Sinne, d. h. in Uebereinstimmung beider Theile, die Sache in eigenem Namen erkauft und demnach das Eigenthum erworben, so bedarf es auch erst eines neuen Akts, damit Besitz und Eigenthum von ihm auf den Machtgeber übergehen: wenn gleich dieser Akt unmittelbar auf die Uebergabe an den Bevollmächtigten folgen und auch durch bloße Willenserklärung des Letztern, § 59 I 7, namentlich durch ein constitutum possessorium, § 71 I 7, also durch die Erklärung, die Sache nunmehr für den Machtgeber inne haben zu wollen, geschehen **kann**.

Die Gegenseite entnimmt ihre Argumente für die Behauptung, „daß die von dem Bevollmächtigten, wenn auch im eigenen Namen erkaufte Sache ohne Weiteres Eigenthum des Machtgebers werde," den Vorschriften in I 13 ALR. „von Vollmachtsaufträgen". Von vorn herein läßt sich behaupten, daß für die hier streitige Eigenthumsfrage jene Vorschriften nicht maßgebend sein konnten. Denn der ganze Titel gehört dem persönlichen Recht an. Außer den seinen Gegenstand betreffenden Begriffen behandelt er, was **die Wirkung** des Vollmachtsvertrages betrifft, die Rechte zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, I 13 §§ 38 ff., die Rechte zwischen dem Machtgeber und dem mit dem Bevollmächtigten verhandelnden Dritten, §§ 85 ff., und endlich die Verhältnisse zwischen dem Bevollmächtigten und jenem Dritten, §§ 150 ff. In allen diesen Beziehungen handelt es sich aber nur um **persönliche** Rechte und Verbindlichkeiten der bei dem Vollmachtsgeschäft inter-

---

dem gegenüber für unerheblich erklärt, weil das Auktionsprotokoll keinen schriftl. Vertrag darstellt.

Auch wo der Erwerber im Namen eines Andern auftritt, kommt es natürlich zunächst darauf an, ob er Vollmacht hatte, ob der Erwerb in der Vollm. lag, ob dieselbe dabei überschritten, ob der Erwerber daher nur neg. gestor. Denn der neg. gestor erwirbt bis zur Genehmigung mangels Auftrages für sich; erst Kenntnißnahme und Genehmigung machen den Erwerb zu dem des dominus negotii. Einen Fall dieser Art behandelt OHG. 2 S. 301. A. hatte durch seinen Agenten B. an C. Tuche auf Kredit verkauft, B., als C. fallirt und flüchtig geworden, denselben verfolgt, ereilt und vor der Fälligkeit den Kaufpreis von ihm erhalten. Als der Konkursverwalter gegen B. auf Herauszahlung klagte, § 101 Nr. 2 § 106 Preuß. KonkO., bestritt B. seine Passivlegitimation. Hier führt das OHG. aus, daß es darauf ankomme, ob B. Bevollmächtigter für den Zahlungsempfang, was aus seiner Eigenschaft als Agent nicht ohne Weiteres folgte, oder neg. gestor, wofür die Sachlage sprach; im ersteren Falle würde A., da ihm das Geld direkt erworben, in letztrem B. passiv legitimirt sein, wenn nicht A. das Geschäft genehmigt, §§ 229, 239 h. t. Vgl. l. 25 § 3 D. 42, 8.

Hat der Bev. mit oder ohne Willen des Machtgebers in eignem Namen aber in Ausführung des Geschäfts erworben, so fordert der Machtgeber die Uebertragung (Cession) von Besitz und Eigenthum mit der actio mand. directa. Dies gilt auch gemeinrechtlich, OHG. 21 S. 263. Dieselbe geht aber nach §§ 26, 62, 63, 64 h. t. auf Restitution alles dessen, nicht blos was der Bev. von dem Machtgeber oder für denselben, sondern überhaupt dessen was er aus der Ausführung des Geschäfts, d. h. in kausaler Verbindung mit demselben, § 62, nicht blos bei Gelegenheit desselben, § 64, erhalten hat. Ob diese kausale Verbindung vorliegt, ist konkret zu prüfen und nicht immer leicht zu entscheiden.

Ein Beispiel für die Anwendung des § 26 giebt RG. 4 S. 290, dessen Thatbestand zu den §§ 21 ff. h. t. unter Nr. 239 mitgetheilt. Der Bekl. beantragte nicht blos Abweisung der Provisionsforderung von 6000, sondern auch Herauszahlung der 30000, welche der Kläger von B. für die Vermittlung des Kaufabschlusses für B. zum Preise von 580000 erhalten.

essirten Personen. Die dem dinglichen Recht allein angehörende Frage: „wem das Eigenthum erwachsen sei, wenn der Bevollmächtigte die Sache, welche zu kaufen er eben beauftragt war, in seinem eigenen Namen, ohne seines Auftrages gegen den Dritten zu gedenken, erkaufte, und sich dieselbe übergeben ließ," konnte ihre Erledigung nicht hier in diesen Vorschriften, sondern nur in denen finden, welche das dingliche Recht und insbesondere das Eigenthum betreffen. Auch in den §§ 21, 26, 62, 63, 156 (154) I 13 gilt es überall die Feststellung persönlicher Rechte und Verbindlichkeiten; und diejenigen darunter befindlichen Vorschriften insbesondere, aus welchen für den Machtgeber ein Recht auf die in seinem Auftrage von dem Bevollmächtigten erkaufte Sache abgeleitet werden könnte, geben ihm immer doch nur ein Recht zur Sache, nimmermehr aber würde sich ein erworbenes Eigenthum daraus herleiten lassen. Befindet sich die von dem Bevollmächtigten in eigenem Namen erworbene und in sein Eigenthum übergegangene Sache noch in seiner eigenen oder seines Erben Hand, so wird nun zwar die Wirkung ziemlich dieselbe sein, ob der Machtgeber das ihm in der That nur zustehende persönliche, oder aber das vermeintliche Eigenthumsrecht gegen den Bevollmächtigten oder dessen Erben verfolgt, und die richtige Würdigung des bestehenden Rechtsverhältnisses nur zur Folge haben, daß diesem entsprechend auch der Klageantrag richtig gestellt werde. Anders aber verhält sich die Sache, wenn der Bevollmächtigte über die in sein Eigenthum wirklich übergegangene Sache inzwischen bereits zu Gunsten eines Dritten durch lästigen Vertrag disponirt hätte, und der Machtgeber sein vermeintlich dingliches Recht gegen diesen Dritten verfolgen wollte; denn es liegt zu Tage, daß er gegen diesen abzuweisen sein würde. Eben deshalb aber tritt die Nothwendigkeit hervor, an dem Grundsatz selbst in seiner Richtigkeit festzuhalten.

Es ist noch übrig, einen Blick auf die Vorschriften der KonkO. §§ 302—304 I 50 AGO. über das, den in Kommission gekauften Waaren unter gewissen Umständen gewährte Recht der ersten Klasse zu werfen.*) Für die gegenwärtig vor-

---

*) Vgl. jetzt RKonkO. § 36.

Das RG. hat auf die Widerklage auch verurtheilt. Es läßt dahin gestellt, ob § 25 (Schadensersatz) anwendbar, wendet aber § 26 an, der eine Anwendung des mit dem gem. R., l. 10 § 8; l. 20 D. 17, 1; l. 46 § 4 D. 3, 3 (vgl. OHG. 10 S. 359), übereinstimmenden Grundsatzes der §§ 62, 63 h. t., daß alle Vortheile dem Machtgeber zu gute kommen sollen. Die 30000 seien ein Vortheil, den Kläger sich nicht bei Gelegenheit des Auftrags, § 64, sondern in Verbindung mit demselben verschafft. Die Verbindlichkeit zur Herausgabe des Vortheils setzt danach eine Beziehung der Entstehung des Vortheils zur Ausführung des Auftrags voraus. Das liegt ganz unzweifelhaft vor für den Erwerb durch das aufgetragene Rechtsgeschäft selbst, durch Benutzung der zur Ausführung des Auftrags erhaltenen Objekte (vgl. OHG. 21 S. 263, 265 f. gem. u. sächs. R., Uebergabe von Aktien behufs Vertretung in der Generalversammlung, Ueberlassen derselben gegen Vergütung an Andere zu demselben Zweck), für die Früchte des Objekts, für die Vortheile, die durch die Ausführung des Auftrags unter günstigeren Bedingungen, als der Mandant sie vorausgesetzt, erwachsen. (Art. 372 HGB.) In OHG. 14 S. 189 ist eine solche Verbindung z. B. nicht angenommen, wo A. an B. Werthpapiere zur Zahlung an C. und für denselben übergeben und C. dem B. als Belohnung einen Betrag gezahlt bez. von dem Erhaltenen zurückgegeben hatte; als A. gegen B. auf Herauszahlung klagte, ist er abgewiesen. Auch in OHG. 21 S. 263, 265 ist für gem. R. angenommen, daß der mit Ausleihen von Geld Beauftragte befugt, vom Darlehnsnehmer Mäklergebühr anzunehmen, ohne daß der Machtgeber Rechte darauf hat. Anders lag der erwähnte Fall OHG. 10 S. 359, der nach gem. R. entschieden. Dort hatte der vom Kläger, welcher die Verproviantirung von Truppen in Frankreich übernommen, gegen Tantieme und Provision engagirte Einkaufskommissionär sich auch von den Verkäufern Extraprovision zahlen lassen. Auf die Klage ist er verurtheilt, sich die Extraprovision in Rechnung stellen zu lassen, theils mit Rücksicht auf das sozietätsähnliche Verhältniß, theils weil durch die Extraprovision die Einkaufspreise erfahrungsmäßig vertheuert. In RG. 9 S. 296 hatte der Liquidator einer Gesellschaft, um ihr Kredit zu verschaffen, im eignen Namen für die Gesellschaft in liquid. gezogen, als Liquidator für sie acceptirt und die Wechsel als Aussteller eingelöst. Als er auf Zahlung

liegende Frage haben nun sowohl die Vertheidiger der älteren, wie die der neueren Meinung sich auf diese Gesetze berufen. In der That ist aber gar wenig Gewicht darauf zu legen, weil sie nur ganz singuläre, in der Handlungswelt vorkommende Fälle betreffen, und insbesondere auch nur dann zur Geltung kommen, wenn über das Vermögen des Kommissionairs Konkurs eröffnet ist. Sie sind aus dem Bedürfniß der Handlungswelt, oder aus bereits bestehenden Usanzen derselben hervorgegangen; und auf die allgemeine Frage daraus zurückzuschließen: wem das Eigenthum der von dem Kommissionair in eigenem Namen erkauften Waare zugefallen sei, ob ihm selbst, oder dem Kommittenten, würde bedenklich sein. Wenn nach dem sich unmittelbar anschließenden § 305 Jemand, der dem Gemeinschuldner Waaren auf Kredit verkauft hat, dieselben dennoch, in so weit sie noch in Natur vorhanden, zurücknehmen darf, wofern sie erst in den letzten drei Tagen vor Eröffnung des Konkurses abgeliefert waren, so wird Niemand bezweifeln, daß in solchem Fall die Waare wirklich schon in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen war, und dennoch ist das Vindikationsrecht des Verkäufers anerkannt. Ebenso singulair sind denn auch die oben hervorgehobenen §§ namentlich das im § 304 den Gläubigern zugestandene Wahlrecht. Der § 303 verweist ohnehin nur auf die allgemeinen Vorschriften vom Vollmachtsvertrage zurück; und der aus dem Konklusum der Gesetzkommission v. 25. Oktbr., konfirmirt 9. Novbr. 1788 (Klein's Ann. Bd. 3 S. 316, v. Rabe Samml. I. Abth. 7 S. 744) entnommene § 302 stimmt in so fern mit der obigen Ausführung überein, als er dem Besteller das Vindikationsrecht nur dann zugesteht, wenn der Gemeinschuldner durch Bezeichnung der Waare oder durch Vermerk in seinem Handlungsbuche den Akt der Uebertragung des Eigenthums von sich auf den Machtgeber bereits vorgenommen hatte. Insoweit kann also diese Vorschrift jedenfalls nur zur Unterstützung der von dem Plenum angenommenen neueren Meinung dienen.

Gründe: b. Des Imploranten Berufung auf den § 55 I 13 ALR. ist verfehlt. Diese Vorschrift fördert einen gewissen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit von Bevollmächtigten bei Vollziehung des Auftrags; im vorliegenden Falle

---

klagte, wurde ihm mit Erfolg entgegengesetzt, daß er die Wechsel nicht voll, sondern nur mit 15 Proz. eingelöst. Hier konnte nicht bedenklich sein, daß der dem Liquidator als Bevollm., was er in Wahrheit war, zu Theil gewordene Erlaß nur dem Machtgeber zu gute kommen durfte, da er mit dem Auftrage in direkter Verbindung stand. Dem Erk. OHG. 14 S. 189 (oben) wird hier vom RG. nicht zugestimmt, nur für den Fall, daß dem Bevollm. für seine Person, als Belohnung für seine Bemühungen Remuneration gegeben, dem Machtgeber der Anspr. darauf versagt. Direkt aus § 62 folgte die Entscheidung in StrA. 45 S. 232, wo A. den B. bevollmächtigt, Waaren für ihn zu verkaufen, B. sie verkauft, Wechsel statt baaren Geldes auf seinen Namen sich hatte geben lassen und diese verkauft hatte. Hier ist die Klage gegen B. auf Zahlung der Wechselsumme durchgedrungen. Weder § 62 noch § 63 ist angewendet in dem Falle S. u. v. Str. R. 1 S. 303, 308, wo die Ehefrau aus dem Wirthschaftsgelde ein Lotterieloos gekauft, den Lotteriegewinn eingezogen hatte und in Frage kam, ob derselbe als ihr Eingebrachtes oder als Eigenth. des Mannes anzusehn. Letzteres ist verneint, weil das Spiel nicht aufgetragen, nur der durch den Ankauf von Sachen zur Wirthschaft entstandene Vortheil als Vortheil aus dem Auftrage dem Manne gehören würde. Als Frucht des Geldes war der Gewinn nicht anzusehn, wie in dem obigen Fall die Vergütigung für das Hergeben der Aktien zum Stimmen in der Generalversammlung, die nichts als Miethe war.

Daß der Bevollm. zum Verkauf, Cessiren, Verpfändung die Sache nicht für eigene Schuld verpfänden darf, ObTr. 22 S. 185; StrA. 80 S. 149 unter Nr. 241, dafür braucht weder § 62 noch § 63 h. t. angezogen zu werden, weil aus dem Begr. des Mandats folgt, daß das eigene nur ihn interessirende Geschäft des Bevollm. nicht Geschäft des Machtgebers ist, daher überhaupt nicht unter die Ausführung des Auftrages fällt. Noch weniger ist aus §§ 62, 63 herzuleiten, daß dem Bevollm. gegen den Machtgeber die Kompensationsbefugniß versagt ist, ObTr. 43 S. 452, 457; StrA. 21 S. 79, 38 S. 39. Die §§ 363, 364 I 14 für das Depositum sind exceptionell, § 331 I 16 giebt eine selbstverständliche Bestimmung für das Verhältniß des Bevollm. zum Dritten.

Daß die actio dir. auf Restitution der Sache nebst Früchten geht, rechtfertigt natürlich

war des Bevollmächtigten Verhalten nach vollzogenem Auftrage der Beurtheilung unterworfen, der Richter kann daher gegen jene Vorschrift nicht verstoßen haben. Der § 61 a. a. O. verpflichtet den Beauftragten zur Ablegung der Rechenschaft nach vollendetem Geschäft über dessen Ausführung, und die §§ 62, 63 untersagen ihm, sich selbst Vortheile aus dem Geschäft anzueignen. Der App.-Richter verkennt diese Grundsätze nicht; des Imploranten Folgerung aber, daß danach der Mandatar des Mandanten Gelder nicht zurückbehalten oder gar verbrauchen dürfe, da die Möglichkeit sofortiger nutzbarer Verwendung ein nur dem Mandanten gebührender Vortheil sei, ist zunächst insofern nicht zutreffend, als vom App.-Richter nirgend angenommen worden ist, daß der Beauftragte das erhobene Kaufgeld verbraucht habe; das bloße Zurückbehalten des Geldes aber kann, so lange der Mandant es sich gefallen läßt und weder Rechenschaft noch Zahlung fordert, einen Verzug und mithin eine Verpflichtung, Zögerungszinsen zu zahlen, nicht begründen, wie es denn auch die Aneignung eines Vortheils aus dem fremden Gelde so lange nicht enthält, als der Mandatar es nicht wirklich nutzenbringend für sich angelegt hat, was im vorliegenden Falle nicht festgestellt ist. Damit ist denn auch die angebliche Verletzung des § 87 I 14 ALR. von der Hand gewiesen; denn es mag auch zugegeben werden, daß der Mandatar in Betreff der für den Mandanten gehobenen Gelder zugleich Depositar ist, und ist auch der Depositar, sofern er ohne Erlaubniß die bei ihm niedergelegten Baarschaften genutzt hat, vom Zeitpunkt der Niederlegung an zur Verzinsung verbunden, so fehlt es doch wieder an der thatsächlichen Voraussetzung, daß der Vater der Verklagten das erhobene Pferde-Kaufgeld genutzt hat. Nach § 229 I 7 ALR. ferner muß, wer es weiß, daß die Sache, welche er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre, auch die fructus percipiendos vergüten, und wenn die herauszugebende Sache ein Kapital ist, so muß nach § 232 daselbst der unredliche Besitzer die höchsten erlaubten, der unrechtfertige landübliche Zinsen entrichten; eine Anwendung indessen konnten diese Vorschriften nicht anders im vorliegenden Falle finden, als wenn, was nicht geschehen ist, dargethan und festgestellt wäre, daß der Verkäufer des Pferdes unrechtmäßiger Besitzer des Kaufgeldes und dieser Unrechtmäßigkeit sich be-

---

nicht die Zinspflicht des Bevollm. für Gelder, die er erhoben und nicht sofort abgeliefert; nur eigne Benutzung oder Verzug, der sich als Verstoß gegen die dem Bevollm. obliegende diligentia charakterisirt, kann die Zinspflicht begründen, nicht die bloße Thatsache des Zurückbehaltens und Nichtablieferns. Dies begründet das Erk. d. näher.

Die act. dir. geht ferner auf das Prästiren der diligentia und das Interesse aus der Verletzung derselben; den Umfang der Verpflichtung des Bev. in dieser Beziehung bestimmen die §§ 54 ff. h. t., § 54 h. t. stimmt mit l. 5 §§ 1—4 D. d. mand. Daß die §§ 54, 57 h. t. (nicht § 91 II 10) auch auf das Verhältniß des Anwaltes im Prozeß anzuwenden, ist nicht mehr fraglich, § 74 CPO.; vgl. §§ 28, 30, 31 Nr. 2 RAO. Der Anwalt kann sich danach verantwortlich machen für das Prozeßobjekt durch Nichtnutzung oder Verspätung des Rechtsmittels und den dadurch herbeigeführten Verlust des Prozesses, wenn z. B. der Einwand der Zahlung begründet und ihm die Thatsachen mitgetheilt waren, ObTr. 45 S. 444, durch Versäumen rechtzeitiger Erhebung der an eine Frist gebundenen Klage, RG. 10 S. 136 (gem. R., Verschulden durch Nichtinformiren des substituirten Anwalts über die Frist), wohl auch durch Nichterheben des Protestes, wenn ihm die Beitreibung einer Wechselforderung aufgetragen, welche den Protest voraussetzt. In StrA. 37 S. 311 ist dies allerdings verneint, aber ohne zureichenden Grund. Vielfach ist die Frage, ob die dilig. prästirt, nur konkret zu entscheiden. Im OHG. 17 S. 414 ist z. B. angenommen, daß der Wechselinkassomandatar die Verpflichtung zur Protesterhebung hat, sich bei Unterlassen derselben exculpiren und die Wechselsumme erstatten muß, wenn der Regreß verloren, der Acceptant insolvent. Ebenso bei verspätetem Protest StrA. 45 S. 342 in ähnlichem Fall, wo die Wechselforderung überhaupt verloren gegangen war. Anders lag der Fall StrA. 44 S. 62 (vgl. unter Nr. 129, Bd. 1 S. 597), bei welchem zugleich § 53 I 6 in Betracht kam. Hier hatte nämlich A. einen Wechsel zum Inkasso rekommandirt an B. gesandt, der Postablieferungsschein war dem mit dem Abholen der Postsachen betrauten Gehülfen des B. rechtzeitig ausgehändigt, der Brief aber dann so spät abgeholt, daß der Protest nicht mehr möglich war und der Wechsel präjudizirte. Die Klage des A. gegen B. auf Schadensersatz konnte hier nicht durchbringen, weil dem B. das Mandat überhaupt erst

wußt gewesen ist. Wenn der Verwalter, welcher in gewisser Beziehung allerdings auch Bevollmächtigter ist, § 109 I 14, nach § 140 a. a. O., wenn er seine Jahresrechnung nicht zur gehörigen Zeit eingereicht hat, die jedesmaligen Kassenbestände von sechs Wochen an nach dem Jahresschlusse landüblich verzinsen muß, so ist das eine Folge der Vorschrift, daß er stets nach Jahresschluß Rechnung einreichen und auf deren Abnehmung antragen muß. Eine solche Bestimmung besteht für den bloßen Mandatar nicht; dieser hat Rechenschaft nur dann dem Mandanten abzulegen, wenn dieser sie fordert, und kommt erst dann in Verzug; eine analogische Anwendung der für die gemischte rechtliche Stellung eines Verwalters bestehenden Vorschrift auf einen Bevollmächtigten ist unstatthaft. Daß auch endlich den in Ablieferung erhobener Gelder säumigen Mandatar die rechtlichen Folgen der mora aus den §§ 64. 67 I 16 ALR. treffen müssen, ist unzweifelhaft; der App.-Richter erkennt dies aber auch an, indem er dem Kläger für den Fall der Eidesleistung mit dem Kapitale auch Verzugszinsen seit der Klagebehändigung zuspricht, in seinen Erkenntnißgründen sogar einen noch frühern Anfangspunkt der Verzugszinsen gerechtfertigt findet, nämlich die Zeit der Aufforderung zur Rechenschaft oder Zahlung, welche er nur nicht eher, als mit der Klage dargethan erachtet. Auch das Röm. R. und namentlich die l. 10 § 3 D. 17, 1 mand.: Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet, — steht dem Imploranten keineswegs zur Seite. Er übersetzt habeat mit „zurückbehält" und findet mit diesem bloßen habere schon die mora begonnen. Er irrt aber offenbar. Ulpian stellt hier die Fälle zusammen, wo der Mandatar dem Mandanten Zinsen zahlen muß, und beginnt mit dem Falle der mora, in welchem der Gelderhebende vor Allem und unbedingt (utique) Zinsen zu zahlen habe. Hätte er sagen wollen, jeder die erhobenen Gelder nicht sofort abliefernde procurator sei eo ipso in moram versetzt, wie der Implorant meint, und müsse sofort Verzugszinsen zahlen, dann hätte er nicht noch andere Fälle hinzuzufügen nöthig gehabt, in denen der procurator Zinsen zu zahlen hat, z. B. wenn er das Geld auf Zins ausgethan hat; jener erste Fall würde diese anderen schon in sich schließen. Ueberdies bestimmt l. 13 § 1 D. 22, 1 de usuris ausdrücklich, daß der des Mandanten Gelder müßig bei sich liegen lassende Mandatar nur unter

---

durch den verspätet abgeholten Brief bekannt geworden, der Auftrag zu dieser Zeit überhaupt nicht mehr zu erfüllen war, für das verspätete Abholen B. aber nur nach § 53 I 6 subsidiär und bei culpa in diligendo haftete. Der mit Kauf oder Verkauf zu limitirtem Preise Beauftragte haftet für Nichtinnehalten des Preises, ObTr. 16 S. 159, StrA. 42 S. 194, 53 S. 264, ebenso der Spediteur, der dem Schiffer Garantie für Gewicht erläßt, StrA. 50 S. 312, der zum Ausleihen von Geld auf sichere Unterlagen Bevollm. bei Ausleihen auf unsichere Hypothek, der mit Beschaffung eines Cessionars für eine Hypothek Beauftragte, wenn er statt des verabredeten Nennwerths eine geringere Valuta annimmt, OHG. 4 S. 49, 54, 55.

Streitig und oft nicht ohne Schwierigkeit ist hier die Frage nach der Beweislast für die Beobachtung der diligentia. Behandelt ist dieselbe (für gem. R.) namentlich in OHG. 6 S. 215, 8 S. 32, 10 S. 190, 11 S. 146, 403, 406, 21 S. 262. Unbedenklich ist die Beweislast für den Bev. da, wo er nicht gethan, was er nach dem Inhalt des Mandats zu thun hatte, § 52 h. t. Deshalb hat der unter dem limitirten Preise kaufende oder verkaufende Bevollm. zu beweisen, daß er zum Nutzen des Machtgebers gehandelt, ObTr. 16 S. 159, StrA. 42 S. 194, 53 S. 264. Anders lag der Fall OHG. 11 S. 403, 406, wo A. dem B. Waaren zum Verkauf „bestmöglichst" übersandt, über den Fakturenwerth auf B. gezogen, B. eingelöst hatte und den Betrag zurückforderte, weil er die Waaren nicht zum Fakturapreise hatte verkaufen können. Da B. hier keinen bestimmten Preis übernommen, ist dem A. die Beweispflicht auferlegt, daß der Fakturapreis zu erreichen gewesen. Aehnlich OHG. 11 S. 146. Aber im Allgemeinen wird mit OHG. 6 S. 215 angenommen werden müssen, daß der Bevollm. die Beobachtung der schuldigen dilig. zu beweisen hat, wie Jeder, der erfüllt zu haben behauptet, namentlich da, wo nach dem Inhalt des Mandats der Eintritt des Schadens die Verabsäumung der schuldigen Sorgfalt voraussetzt. (Mandat zur Vermittlung von Darlehnen auf durchaus sichre Hypotheken; das Darlehn fällt aus beim Verkauf des Pfandes.) In OHG. 21 S. 262 wird ein Fall behandelt, wo sich die Beweislast mit Rücksicht auf die bona fides (jahrelanges Schweigen des Machtgebers) umkehrte.

Offenbar war der Verstoß gegen die dil. in RG. 9 S. 288, wo A. als das Vorstands-

Umständen, namentlich wenn der Mandant selbst sie auf Zins ausgethan haben würde, Zinsen zu vergüten habe. —

Gründe: c. Der App.-Richter beurtheilt das Rechtsverhältniß der Parteien als Vollmachtsauftrag, und er hält den Anspruch auf Rechnungslegung für unbegründet, weil nach § 61 I 13 der Bevollmächtigte nur verpflichtet sei, seinem Machtgeber von der Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts nach dessen Vollendung Rechenschaft abzulegen. Er spricht sich nicht darüber aus, in welcher Art und Weise die Ablegung der Rechenschaft zu geschehen hat; er äußert sich nicht darüber, daß überall oder auch nur im vorliegenden Falle die Rechenschaftslegung des Bevollmächtigten durch ein anderes Mittel als die Rechnungslegung erfolgen kann, und er gelangt allein durch die Interpretation des Gesetzes zu dem Schlusse, daß der Bevollmächtigte unter allen Umständen von der Verpflichtung der Rechnungslegung befreit ist. Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Der § 61 bezeichnet nicht, was zur Rechenschaftsablegung gehört, und läßt die Frage offen, was der Bevollmächtigte zu leisten hat, um dieselbe zu bewirken. Nach der Absicht und dem Sinne des Gesetzes muß die dem Bevollmächtigten auferlegte Verpflichtung darauf bezogen werden, daß er dasjenige zu thun hat, was geeignet und erforderlich ist, dem Machtgeber eine genaue und übersichtliche Kenntniß der ausgeführten Geschäfte und ihres Resultates zu verschaffen, und nach der Verschiedenheit der Fälle, je nach dem größeren oder geringeren Umfange und der Art der ausgeführten Geschäfte, wird die dem Bevollmächtigten in dieser Beziehung obliegende Leistung eine mehr oder minder bedeutende und eine verschiedenartige sein. Hat er während eines längeren Zeitraumes vielfach Gelder ausgegeben und eingenommen, und hat er einen Saldo herauszugeben oder herauszuverlangen, so bedarf es einer genauen und detaillirten Berechnung zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, und es müssen hierbei Fälle eintreten können, in welchen eine solche Berechnung nur auf Grund einer förmlichen Rechnung möglich ist, in der die einzelnen Ausgabe- und Einnahmeposten

---

mitglied einer Gewerbebank acceptirte Wechsel, auf welche Darlehn gegeben, ohne Zahlung der Wechsel herausgegeben hatte. Die Instanzen wiesen die Klage auf Zahlung der Wechsel gegen den A. ab, weil erst die Klage gegen den vermögenden Wechselacceptanten abzuwarten. Dies war unrichtig, weil der Anspr. gegen den Bevollm. kein subsidiärer, sondern ein prinzipaler, wenn und soweit Schade entstanden, der Schaden in der Ausfolgung der Wechsel bestanden und mit Rücksicht auf die Natur des Wechsels der Nichtbesitz der Wechsel dem Verlust der Wechselforderung gleichstand.

Sämmtliche vorstehende Pflichten umfaßt die Pflicht zur Rechenschaft § 61 (Art. 361 HGB.). Selbstverständlich ist, daß die Rechenschaft ein Recht des Machtgebers, derselbe daher nicht verpflichtet ist, auf solche zu klagen, falls er im Stande, ohne sie seine Ansprüche klar zu stellen und er selbst die Rechnung aufmacht, ohne einzelne Rechnungsposten herauszugreifen, was unzulässig ist, StrA. 3 S. 82, 42 S. 194, 67 S. 167; OHG. 5 S. 228, 230, 7 S. 379, 12 S. 366, 8 S. 51; ObTr. 13 S. 210. Unzweifelhaft ist auch, daß dieser Anspruch auf Rechenschaft nicht an die im § 158 I 14 für die Rechnungslegung des Verwalters statuirte Frist von 5 Jahren gebunden ist, sondern als Theil der actio mand. directa wie diese der gewöhnlichen Verjährung unterliegt, ObTr. 4 S. 343, 354, 14 S. 470, Präj. 1892 ohne Gründe. Die Verwaltung ist ein besondres, nach Inhalt und Wesen von dem einfachen, regelmäßig auf einzelne Geschäfte gerichteten Vollmachtsvertrag verschiedenes Geschäft. Aus gleichem Grunde ist auch die „Rechenschaft“ in § 61 h. t. etwas Anderes als die Rechnungslegung, die das Gesetz vom Verwalter fordert, und die §§ 135—137, 139 I 14 können auf die Rechenschaft auch nicht einmal analog angewendet werden. Darauf beruht das mit OHG. 2 S. 436, 437 übereinstimmende Erk. c. Nach beiden ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, was zur „Rechenschaft“ erforderlich, in welcher Art und in welchem Umfange die in der Rechenschaft enthaltene Auskunftsertheilung zu geschehn, ob dazu namentlich förmliche Rechnungslegung erforderlich. Solche Rechnungslegung kann auch ohne Verwaltung nöthig sein, wo z. B. die Vollm. auf Erhebung von Geldern und zugleich deren Verwendung zu gewissem Zwecke gerichtet. (Erhebung von Pächten, Befriedigung von Gläubigern daraus, Uebergabe

mit den dazu gehörigen Aufklärungen in das Debet und Kredit gestellt, und demnächst durch Zusammenrechnung und Ausgleichung der beiden Seiten der Rechnung der Saldo gefunden wird. Die Aufstellung einer derartigen Rechnung kann nur von demjenigen geschehen, welcher das Material dazu zu liefern im Stande ist, dies ist allein der Bevollmächtigte, und je nach der Lage der Fälle ist Letzterer nicht davon befreit, vielmehr verpflichtet, Rechenschaft über die von ihm ausgeführten Geschäfte dadurch zu geben, daß er Rechnung legt. Nach den §§ 135 ff. I 14 ist die Verpflichtung des Verwalters zur Rechnungslegung nur als eine Folge seiner Verpflichtung, genaue Rechenschaft abzulegen, und als in dieser inbegriffen aufzufassen, und wenn dem Verwalter in allen Fällen die Rechnungslegung ausdrücklich auferlegt ist, während sie hinsichtlich des Bevollmächtigten im I 13 gar nicht erwähnt ist, so zeigen doch die gedachten §§ 135 ff. I 14, daß der Gesetzgeber die Rechnungslegung als ein Mittel zur Rechenschaftsablegung ansieht. Der § 61 I 13 schließt keines der hierzu dienlichen Mittel aus und gestattet daher auch, vom Bevollmächtigten eine Rechnungslegung in den Fällen zu verlangen, wo ein anderes, ihn etwa weniger beschwerendes Mittel zur Rechenschaftsablegung für diesen Zweck nicht ausreicht. Der App.-Richter, welcher im Widerspruch hiermit aus § 61 I 13 schlechterdings und ohne Unterschied der Fälle die Befreiung des Bevollmächtigten von der Rechnungslegung ableitet, verletzt durch diese Annahme gedachten § 61, und sein Erkenntniß ist zu vernichten.

In der Sache ist gemäß der vorstehenden Ausführung davon auszugehen, daß der § 61 nicht unbedingt die Rechnungslegung von den Verpflichtungen des Bevollmächtigten ausnimmt, und daß es darauf ankommt, im einzelnen Falle zu prüfen, ob die Rechenschaft über die ausgeführten Geschäfte allein durch Legung einer Rechnung, oder ob sie auch durch ein anderes ebenfalls zweckdienliches Mittel gegeben werden kann. Wenn nun die Geschäftsreise des Beklagten vom Juli bis Mitte August 1868 gedauert, und er während derselben mehrfach Gelder für Kläger eingenommen, sowie ausgegeben hat, so handelt es sich um einen Saldo, der nur durch Zusammenrechnung

---

eines Waarenlagers zum Verkauf in Kommission zu limitirten Preisen durch längere Zeit; Rechnungslegung durch Darlegung von Bestand und Verkauf.) Nach dem konkreten Falle wird deshalb auch zu befinden sein, ob und inwieweit die Beibringung von Belägen zur Rechenschaft im obigen Sinne gehört. In StrA. 23 S. 67 hatte A. dem B. Vollmacht zum Abschluß einer Reihe von Zeitkaufgeschäften gegeben, die B. auch abgeschlossen, und über die er dem A. theils einzelne Rechnung, theils ein Konto-Extrakt zugestellt. A. klagte trotzdem auf Legung einer Rechnung mit Belägen. Dieser Anspruch ist in allen Instanzen abgewiesen, weil eine genügende Rechenschaft in den Rechnungen und dem Kontoauszuge zu finden war. Die Frage nach der Nothwendigkeit der Beläge ist bei der Rechenschaft des Bevollm. schon um deswillen eine andre als bei der Verwaltung, weil die Beweislast sich bei der Vollm. ganz anders als bei der Verwaltung gestalten kann. Die in OHG. 22 S. 4 für die Kommission behandelte Frage, ob der Kommissionär sich der Beibringung von Belägen, wo solche üblich, möglich, von ihm ohne Schwierigkeit zu beschaffen, dadurch entziehen könne, daß er dem Kommittenten den Eid über die zur Rechtfertigung der Berechnung aufgestellten Thatsachen zuschiebt, hat ihre wesentliche Bedeutung durch CPO. § 410 verloren.

Ansprüche des Machtgebers andrer Art, die aber ebenfalls auf der Verletzung der Vertragspflicht ex mand. beruhen, behandeln noch die §§ 35, 169. Für die act. dir. bei mehreren Machtgebern gilt nach § 210 h. t. der § 450 I 5. Vgl. das PlPräj. ObTr. 22 S. 136 (StrA. 4 S. 138) Erk. b. Nr. 125 Bd. 1 S. 565.

Für das Verhältniß mehrerer Bevollm. zum Machtgeber enthalten die §§ 201—239 Bestimmungen, die mit § 424 ff. I 5 eine wesentliche Uebereinstimmung zeigen, ohne daß daraus auf die Anwendung der Grundsätze von der Korrealschuld geschlossen werden darf. Ueber die act. m. contr. bei mehreren Bev. vgl. StrA. 50, 28 unter Nr. 240. Ein Beispiel zu §§ 206, 207 giebt StrA. 15 S. 40, wo der Hypothekengläubiger den Hypothekenschuldner angewiesen, an die Eheleute K. zu zahlen und der Schuldner an den Ehemann allein gezahlt hatte; hier konnte nach §§ 206, 207 die Zahlung an den Ehemann allein den Schuldner nicht befreien, wenn er nicht bewies, daß die Zahlung an den Ehemann allein die Anweisung zum Vortheil des Gläubigers ausgeführt.

und Ausgleichung zweier in Debet und resp. Kredit gestellten Reihen von Posten gewonnen werden kann, und es ist nicht zu ersehen, wie Kläger eine klare Uebersicht und Kenntniß dieser Posten und des sich für den einen oder anderen Theil ergebenden Saldos anders als durch eine förmliche, genaue, vom Beklagten aufzustellende Rechnung erhalten kann. Es bedarf einer mehr oder minder komplizirten Berechnung, und diese muß sowohl nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles, als nach der hier zu berücksichtigenden Uebung des Handelsverkehrs in einer besonderen schriftlichen Rechnung angelegt werden. Der Anspruch des Klägers ist daher an sich begründet. Beklagter hat zwar eingewendet, daß er von einer kurzen Zeit zur anderen dem Kläger stets brieflich die Einnahmen und Ausgaben angezeigt und ihm sowohl über diese als auch die abgeschlossenen Geschäfte stets pünktlich Rechnung gelegt habe, woraus Kläger eine Generalrechnung zusammenzustellen im Stande sei, und er hat hierüber dem Kläger den Eid zugeschoben. Diese Behauptungen sind aber zu allgemein aufgestellt, entbehren eines bestimmten thatsächlichen Inhalts und lassen ein Urtheil darüber nicht zu, ob die brieflichen Mittheilungen des Beklagten geeignet sind, ihn von der Pflicht einer weiteren Rechnungslegung zu befreien; sie sind daher unerheblich. Ebenso ist es ohne Einfluß, wenn Beklagter sich nicht im Besitze sämmtlicher zur Aufstellung der Rechnung erforderlichen Materialien befindet, und etwa Kläger solche ihm herauszugeben hat; die Pflicht zur Rechnungslegung bleibt immer bestehen, und wenn Kläger die Erfüllung dieser Pflicht durch Vorenthaltung nothwendiger Schriftstücke verhindern würde, so würde er nur der Vollstreckung des ergangenen Erkenntnisses ein Hinderniß entgegensetzen, welches im Uebrigen das Rechtsverhältniß der Parteien nicht berührt. Die Provisionsrechnung des Beklagten steht in keiner Verbindung mit der in Rede stehenden Rechnung und kann die Aufstellung der letzteren nicht aufhalten.

Nr. 240. §§ 65—69, 70—73, 74—79, 80, 81, 82—84; §§ 201 ff., 211. Vollmacht. Wirkung. Das Rechtsverhältniß zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. Die actio contraria.*)

a. Erk. v. 9. Nov. 1871; ObTr. 66 S. 254.

b. Erk. v. 22. Jan. 1852; StrA. 5 S. 28.

Im Falle a. klagte Kaufmann A. gegen B. die schriftlich versprochene Provision von 5 Prozent der Darlehnssumme für ein demselben in dessen Auftrage 1869 verschafftes Darlehn ein. B. berief sich darauf, dass A. nach § 76 h. t. u. § 1380 II 8 ALR. nur $^1/_4$ Prozent wie ein Mäkler fordern könne, das Versprechen von 5 Prozent ungültig sei. Der Einwand ist in allen Instanzen verworfen. — Im Falle b. hatten die Bürger von H. den Erblasser der Kläger und drei andere Personen, die sämmtlich ebenfalls Bürger von H., zu dem Betriebe einer gemeinschaftlichen Rechtsangelegenheit mit Vollmacht versehen, der Erblasser der Kläger nach dem Klagevortrage aber das Geschäft allein geführt, die Auslagen aus seinen eignen Mitteln allein gemacht, die Gebühren verdient. Der Klage der Erben gegen drei der Machtgeber auf Zahlung der Auslagen und Gebühren wurde mangelnde Aktivlegitimation entgegengesetzt. In 2. u. 3. Instanz ist dies verworfen.

Gründe: a. Die Argumentation, welche der App.-Richter, unter Bezugnahme auf die Art. 272, 274, 277 HGB., vornimmt, ist dahin aufzufassen, daß das unter

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 410; Dernburg 2 § 182; Förster (Eccius) 2 § 141 Anm. 108. — Die actio mand. contr. geht auf Erfüllung der Verpflichtungen, welche für

den Parteien abgeschlossene Geschäft, weil Kläger Kaufmann ist, als Handelsgeschäft nach Handelsrecht zu beurtheilen und hiernach Kläger zur Vornahme von Kommissionsgeschäften in der Art befugt ist, daß die Höhe seiner Provision der freien Vereinbarung mit dem anderen Theile überlassen bleibt, und diese Argumentation ist ohne Grund angefochten.

Zunächst ist zu berücksichtigen, daß die Vorschrift des angeblich verletzten § 76 I 13 ALR. in der Voraussetzung und im Zusammenhange mit der Ausschließlichkeit des Mäklergewerbes, dessen unbefugte Ausübung in den §§ 1307—1309 II 8 ALR. verboten und sogar mit Strafe bedroht ist, sowie mit der Beschränkung der Vermittelung kaufmännischer Geschäfte auf die amtlich bestellten Mäkler nach §§ 1311 ff. a. a. O. gegeben ist, und gegenwärtig, da jenes Verbot und jene Beschränkung durch Art. 9 § 2 EGes. z. HGB. v. 14. Juni 1861 für Handelsmäkler und im Handelsverkehr aufgehoben sind, hat der § 76 I 13 seine Anwendbarkeit auf Kaufleute, welche Mäklergeschäfte betreiben, verloren. Denn die Mäklergeschäfte eines Kaufmannes gehören nach Art. 274 HGB. zu seinem Gewerbe, auch steht ihm der Betrieb des Mäklergewerbs gesetzlich frei, und auf ihn trifft das Erforderniß des § 76 a. a. O., daß er kein eigentlicher Mäkler sei, nicht zu. Die Höhe seiner Provision bei einem Mäklergeschäfte ist daher nicht aus § 76 a. a. O. zu beurtheilen. Diese Gesetzesvorschrift stellt überhaupt sich nur als eine Konsequenz aus dem Grundsatze des vorhergehenden § 75 hin, wonach vorbedungene Belohnungen bei Geschäften, zu welchen eine bestimmte Klasse von Personen bestimmt ist, für solche Personen, welche nicht zu dieser Klasse gehören, die der letzteren vorgeschriebene Taxe nicht übersteigen sollen, und dieser Grundsatz fällt für den vorliegenden Fall fort, weil die Handelsmäkler nicht mehr mit Ausschluß der Kaufleute für ein Vermittelungsgeschäft, wie das dem Kläger aufgetragene, bestimmt sind.

---

den Machtgeber nicht aus dem Mandat, das zunächst nur einseitig den Bevollm. verpflichtet, sondern aus der Ausführung des Mandats erwachsen. Daraus und daß die Erfüllung dieser Verpflichtungen nicht Erfüllung des Mandats folgert RG. 12 S. 34, daß für die Beurtheilung der Frage, welches örtliche Recht für die act. m. contr. maßgebend, nicht nothwendig der Ort entscheide, an welchem oder von welchem aus der Mandant den Ersatz zu leisten habe. (A. in Berlin hatte den B. in Paris mit Abschluß von Differenzgeschäften für seine Rechnung beauftragt, aus denen nach französ. R. keine Klage, nicht einmal für den Kommissionär, erwächst.) Das will besagen, daß die act. contr. auf keiner besondern Obligation, welche da zu erfüllen, wo der Mandant wohnt, beruht, sondern ihren Grund in der Mandatsobligation selbst und ihren von derselben nicht trennbaren Sitz hat. Daß sie ihre causa in der Ausführung des Mandats hat, stimmt wesentlich mit der unt. Nr. 237 erwähnten Auffassung, aus welcher das ObTr. herleitet, daß die (in den Grenzen der Vollm. gebliebene, genehmigte oder angeeignete) Ausführung die fehlende Form ersetzt und den Mandanten zur Zahlung der Auslagen, Vergütung der Bemühungen, Belohnung des Mandatars, Befreiung von den gültig übernommenen Verbindlichkeiten aus dem abgeschlossenen Geschäft, auch zur Befreiung von der Schadensersatzpflicht dem Dritten gegenüber, § 8 h. t., verpflichtet. Daß es für die Verpflichtung des Mandanten mit der act. contr. gleichgültig, ob der Mandatar im eignen Namen kontrahirt oder dem des Mandanten, ist unt. Nr. 236, 237 als Folgerung aus dem Begriff des Mandats bereits hervorgehoben. In StrA. 5 S. 297 hatte R. als Kommissionär des B. in eignem Namen an T. Spiritus verkauft und war, da B. nicht lieferte, zur Zahlung der Differenz an T. verurtheilt. Als E. als Cessionar des R. u. T. gegen B. auf Zahlung klagte, ist die Klage durchgedrungen.

Die actio contr. geht vor Allem dahin, daß der Machtgeber dem Bevollm. das für ihn abgeschlossene Geschäft abnimmt, §§ 70, 82 h. t., und ihm die bei Ausführung des Geschäfts gehabten gewöhnlichen, nothwendigen, nützlichen Aufwendungen, Auslagen erstattet, §§ 65—69. Zu dem Aufwand, §§ 65, 163, rechnet StrA. 21 S. 31, 36 auch den Aufwand an Mühe und Zeit. Die Bestimmung in § 69 hängt mit § 54 h. t. zusammen. Aus §§ 65, 70 folgt, daß der Bevollm. nicht verpflichtet, Auslagen aus eignen Mitteln zu machen oder Verpflichtungen in eignem Namen zu übernehmen, StrA. 16 S. 179 (Anwendung auf den Einkaufs-Kommissionär del credere), ObTr. 15 S. 354 (Anwendung auf das Verhältniß zwischen dem Trassanten und Gefälligkeitsacceptanten; Anspr. auf Deckung oder Befreiung vor Verfall), vorausgesetzt, daß dies nicht bedungen oder als bedungen zu verstehen. Bei dem Einkaufs-

Hiernach würde die Anwendung des Art. 1 HGB. nicht zugleich die Anwendung des § 76 a. a. O. nach sich ziehen und ersterer würde dadurch nicht verletzt sein, daß letzterer von der Anwendung ausgeschlossen bleibt. Es kommt aber hinzu, daß schon nach den Bestimmungen des HGB. der Kläger in der Verabredung der Höhe seiner Provision freie Hand gehabt hat und deshalb die Verweisung des Art. 1 HGB. auf das allgemeine bürgerliche Recht keine Folgen haben kann. Die dem Kläger aufgetragene Vermittelung fällt unter die im Art. 290 erwähnten Dienstleistungen, und für diese ist bestimmt, daß der den Dienst leistende Kaufmann auch ohne vorherige Verabredung Provision fordern darf. Die Verabredung hierüber ist also zulässig, sie ist an keine Beschränkung gebunden, und läßt den Paziszenten hinsichtlich der Höhe der Provision den vollsten Spielraum. Der Art. 82 Abs. 3 HGB. gilt nur bei amtlich bestellten Handelsmäklern, und wenn daher durch ihn die nach Art. 290 gewährte Autonomie in der Verabredung der Provision nicht berührt wird, so ist dieselbe für die Vermittelungsgeschäfte eines Kaufmannes als unbeschränkt zugelassen anzusehen, so daß wegen dieser Zulassung durch das HGB. nicht mit Rücksicht auf Art. 1 die Beschränkung des allgemeinen bürgerlichen Rechtes im § 76 I 13 darauf Anwendung finden kann. —

Gründe: b. In Bezug auf die Passiv-Legitimation unterliegt es zunächst gar keinem Bedenken, daß die Verklagten, welche jetzt lediglich als Mitaussteller der von einer Anzahl H.'scher Bürger auf den Erblasser der Kläger und seine Genossen ausgestellten Vollmachten beansprucht worden, in dieser Eigenschaft solidarisch den Mandatarien haften. Dies Prinzip galt beim Mandate schon im Gem. R., (l. 59 § 3 D. 17, 1), entspricht im Preuß. R. schon der allgemeinen Regel des § 424 I 5, und ist als solches in § 211 I 13 ausdrücklich anerkannt worden. Eine Folge

---

mandat hat der Mandant dem Mandatar die auf eignen Namen gekaufte Waare abzunehmen oder die Differenz zu ersetzen, wenn der Mandatar die nicht abgenommene Waare im eignen Interesse oder dem des Mandanten, z. B. wegen Befürchtung des Sinkens der Preise, Häufung der Kosten, verkauft, StrA. 8 S. 300. Beispiele zu §§ 65, 82 geben StrA. 43 S. 284, wo es sich um die Befugniß des Kommissionärs zur Versicherung der Waare auch ohne spezielle Ermächtigung und die Verpflichtung des Kommittenten zum Ersatz der Versicherungsprämie bez. für Liberation aus dem Versicherungsvertrage handelt, und StrA. 68 S. 267. In diesem Falle hatte A. auf einen von B. acceptirten, an C. girirten Wechsel im Auftrage des C. und aus Gefälligkeit für diesen sein Giro gegeben, um dem C. das Diskontiren bei einer Bank zu ermöglichen, und nach Protest den Wechsel einlösen müssen, da weder der Acceptant noch C. zahlte, die beide ihre Zahlungen eingestellt hatten. Nach Ablauf der Wechselverjährung klagte A. gegen C. auf Erstattung und drang in 2. u. 3. Instanz aus dem Fundament des Auftrags und aus § 65 h. t. durch. Die Wechselverj. griff nicht Platz, weil es sich um den Anspruch aus dem W. nicht handelte, die act. m. contr. aber wie die dir. regelmäßig der gewöhnlichen Verj. unterliegt, sofern nicht etwa § 2 Nr. 2 Ges. v. 31. März 1838 anzuwenden. Vgl. Erk. a. Nr. 180 b., Bd. 1 S. 1021.

Von seinen Vorschüssen oder Auslagen erhält der Bevollm. nach §§ 70 ff. Zinsen ex lege (OHG. 5 S. 228, § 354 I 14, § 255 I 17), soweit es sich um Kapitalszahlungen handelt, bei denen es übrigens begrifflich nicht auf die größere oder geringere Summe, sondern nur auf die Bedeutung des Gezahlten als einer nutzbringenden Anlage ankommen kann; in diesem Sinne wird regelmäßig der gezahlte Kaufpreis, durch welchen die Sache erworben, in der Sache das Geld angelegt, als Kapitalszahlung aufzufassen sein. In ObTr. 36 S. 312, 322, 324 ist § 72 angewendet, wo der gesetzlich zum Vorschießen der Baugelder für einen Kirchenbau verpflichtete Zehntberechtigte die Baukosten bezahlt, weil er die mitverpflichtete Kirchengemeinde dadurch *von einer Schuld befreit hat*. Vgl. übrigens HGB. Art. 290 Abs. 2.

Anspruch auf *Belohnung* außer dem Ersatz der Aufwendungen hat der Bev. nach §§ 74 ff. nur, wenn sie bedungen oder stillschweigend verstanden, was angenommen wird, wenn die Ausrichtung des Geschäfts zum ordentlichen Gewerbe des Bev. gehört oder das Gesetz selbst die Belohnung normirt. Zu §§ 75, 76 vgl. das Erk. a. In StrA. 92 S. 107 hatte der klagende Kommissionär für den Bekl. in dessen Auftrage bei einer Versteigerung Gebote in eignem Namen abgegeben. Der 2. Richter sprach ihm auf Grund § 75 nur das zu, was ein Rechtsanwalt in solchem Falle würde liquidiren können. Dies ist reprobirt, weil das

davon ist, daß gegen die solidarisch in Anspruch Genommenen die Verität der von dem Mandatar gemachten Forderungen ausgeführt werden kann, und nicht erst die Richtigkeit der Auslagen gegen die Gesammtheit der Machtgeber prozessualisch ausgeführt zu werden braucht, wodurch die Wohlthat der Solidarität illusorisch würde. Es bleibt den solidarisch Beanspruchten überlassen, ihren Regreß gegen die Mitmachtgeber geltend zu machen.

Das Verhältniß des Erblassers der Kläger, als auch zu den Bürgern, für welche die Prozesse geführt wurden, gehörig, hindert die solidarische Forderung nicht. Als Mandatar der Gemeinschaft steht ihm dieselbe zu; daß er als Mitgenosse auch dazu kontribuiren muß, insofern der Regreß auch gegen ihn Platz greifen wird, steht hiermit nicht in Verbindung, der § 45 I 17 ergiebt nicht das Gegentheil, und aus dem § 53 a. a. O. läßt sich eben entnehmen, daß die Verhältnisse eines Theilnehmers, der Mandatar der Gemeinschaft ist, dieser gegenüber nach den Regeln vom Mandate zu beurtheilen sind. Uebrigens könnte dies Bedenken, wäre es begründet, doch nicht zur Abweisung der Klage führen.

Es bleibt sonach die Haupteinrede der fehlenden Aktivlegitimation zu beurtheilen. In dieser Hinsicht muß die Behauptung der Kläger zum Grunde gelegt werden, daß ihr Erblasser die berechneten Auslagen mit Einverständniß der andern Mandatarien allein aus seinen Mitteln gemacht, die Gebühren demerirt, die Geschäfte, für welche er liquidirt, überhaupt allein geführt hat. Es kann jetzt noch nicht zur Untersuchung kommen, ob diese Voraussetzung bei einigen Posten der Rechnung, z. B. bei den 400 Rthlrn., worüber die Quittung der General-Kommission sich verhält, nicht eintritt, was unter den Parteien streitig ist; dies bleibt dem künftigen Verfahren jedenfalls vorbehalten. Die Einrede der Verklagten geht dahin, daß auch bei der Richtig-

---

Bieten bei Versteigerungen kein Geschäft, für welches die Klasse der Rechtsanwälte bestimmt. In StrA. 21 S. 122 hatte A. an B. vorbehaltlich vormundschaftl. Genehmigung ein Gut verkauft und übergeben, das B. demnächst nach Jahren zurückgeben mußte, weil die Genehmigung nicht erfolgte. B. klagte nun auf Vergütung für die Bewirthschaftung des Guts unter Berufung auf I 11 § 259; 14 § 109, § 74 h. t. Auf § 74 h. t. konnte der Kläger sich hier schon umdeswillen nicht berufen, weil daraus, daß er Landwirth, nicht folgte, daß er gewerbsmäßig für Andere bewirthschaftete. Daß der Bev. die bedungene oder verstandene Belohnung nur zu fordern, wenn die Ausführung des Auftr. gelungen, das Geschäft wirklich ausgeführt, folgt weder aus § 69 noch aus dem Begr. des Mandats; die Vorschrift in Art. 371 Abs. 2 HGB. ist eine singuläre, welche nicht ohne Weiteres auf das Mandat überhaupt anwendbar, OHG. 14 S. 426, 428 (Agent). Wodurch die Belohnung verdient, ist nur konkret zu finden, StrA. 79 S. 33. Daß Widerruf, Kündigung allein den Anspruch auf die bedungene Belohnung nicht aufhebt, wo vertragsmäßig eine längere Dauer bedungen, darüber vgl. Nr. 238.

Zu den §§ 80, 81 h. t. und deren Unanwendbarkeit auf das Verhältniß zwischen Arbeitsgeber und Arbeiter vgl. Nr. 129, Bd. 1 S. 594, 596, 597 u. StrA. 49 S. 313; 51 S. 338 unt. Nr. 236.

Ueber das Retentionsrecht des Bev., § 83, vgl. Förster (Eccius) a. a. O. Anm. 121. Die in ObTr. 10 S. 136 behandelte Frage über das Eigenthum der Prozeßpartei an den Manualakten des Anwalts entscheidet jetzt RAO. § 32. Vgl. auch HGB. Art. 313—316, 374, 382, 409.

Daß dem Machtgeber gegen die act. contr. die Einrede der compens., soweit sie gesetzlich überhaupt begründet, zusteht, ist ebenso unbedenklich wie für den Bevollm. gegen die act. dir. Vgl. unt. Nr. 239a.

Daß bei mehreren Machtgebern die act. contr. gegen Jeden als correus geht, folgt direkt aus § 211. Dem Erk. b., welches die act. contr. dem einzelnen von mehreren Bevollm. gestattet, falls er den Auftrag allein ausgeführt, steht § 204 h. t. allein nicht entgegen, es wird aber, wenn auch durch die Uebernahme des Auftr. allein die mehreren Bevollm. nicht correi cred. werden, mit Vorsicht anzuwenden sein, da bei aus Mandat und zweiseitigem Vertr. gemischtem Rechtsverhältniß § 450 I 5 wohl anwendbar sein kann und der Machtgeber durch das von dem einen Bevollm. gegen ihn erstrittene Judikat allein den übrigen gegenüber nicht befreit wird.

Ueber die cond. sine causa des Mandatars gegen den Mandanten vgl. unt. Nr. 243. —

keit jener thatsächlichen Behauptungen die Klage von allen Mandatarien habe angestellt werden müssen.

Dem kann nicht beigepflichtet werden. Der Hauptgrund der entgegengesetzten Entscheidung des ersten Richters wird in die allgemeine Regel des § 450 I 5 gesetzt. Die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf mehrere Machtgeber, welche Einem Mandatar Ein Geschäft aufgetragen haben, leidet keinen Zweifel und ist auch in § 210 I 13 ausgesprochen, unter Verweisung auf § 450. Daß eine gleiche Bestimmung sich bei den §§ 201—209 a. a. O., welche von mehreren Bevollmächtigten handeln und unmittelbar vorhergehen, nicht findet, deutet schon auf eine Verschiedenheit hin, auf die Absicht des Gesetzgebers, den § 450 auf die Klage der Bevollmächtigten wegen ihrer Auslagen nicht anwenden zu wollen. Dies Gesetz paßt aber auch auf dieselbe hier gar nicht.

Man braucht nicht mit dem zweiten Richter auf die strenge Einseitigkeit des Mandats, ein Prinzip, das durch das Aufgeben der Gratuität im Preußischen Recht allerdings eine Modifikation erlitten hat, oder auf den Unterschied der actio mandati directa und contraria entscheidendes Gewicht zu legen. Die kontraktliche oder gesetzliche Pflicht des Mandanten, den Mandatarien Belohnungen zu geben oder ihre Auslagen zu vergüten, hat, wenn die Belohnungen nur von Einzelnen der Mandatarien bemerirt worden, die Auslagen nur von Einzelnen geschehen sind, nicht ein und dasselbe Objekt Allen gegenüber zum Gegenstande. Hat derjenige, welcher die Vergütungen verdient hat, wie es vorausgesetzt wird, nach den Vorschriften und in den Grenzen des Mandats gehandelt, so bildet eben seine Handlung das Objekt des Anspruchs auf Vergütung. Da letztere nur durch die Arbeit, resp. Auslage bedingt wurde, so ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde diejenigen als nothwendige Mitbetheiligte erscheinen sollten, die weder die Arbeit gethan, noch die Auslage gemacht haben. Daß der eine Mitbevollmächtigte von seinen Mitgenossen die Vergütung des Aufwandes verlangen kann (§ 204), hindert nicht, einen direkten Anspruch gegen die Machtgeber ebenfalls einzuräumen. Jenes Recht hat nur zum Zweck, den Mandatar, der erst am Ende des Geschäfts von dem Machtgeber die Vergütung erlangt, bis dahin in Ansehung dessen, was er für das Geschäft ausgelegt hat, wenigstens pro rata zu sichern. In praktischer Beziehung erscheint aber die Zuziehung der andern Mandatare durchaus nicht zweckmäßig. Dieselben würden nur ungern einem Prozesse beitreten, bei dem sie gar kein Interesse haben, da ihnen nichts zu vergüten ist, daher sie nur gezwungen eine solche Klage mit anstellen würden. Alle Einwendungen gegen die Richtigkeit und Angemessenheit der Forderungen, die der Mandant den sämmtlichen Mandatarien opponiren könnte, stehen ihm auch gegen den einzelnen Mandatar frei.

Nr. 241. §§ 8—10, 28, 35, 36; §§ 85—89; §§ 90—97; §§ 128, 137, 138; §§ 142—146, 147—149; §§ 150—158 (§§ 167, 168); §§ 206, 207. Vollmacht. Wirkung. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Dritten und dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten.*)

a. Erk. v. 9. Jan. 1872; StrA. 83 S. 268.

b. Erk. v. 27. Jan. 1876; ObTr. 76 S. 294.

c. Erk. v. 14. Juni 1869; StrA. 75 S. 153.

Im Falle a. hatte der Ehemann der Klägerin in ihrer Vollmacht mit dem Beklagten kontrahirt, welcher auf die Erfüllungsklage Schadensersatzansprüche

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 409, 412; Dernburg 1 § 113; 2 § 180; Förster (Eccius) 1 § 42; 2 § 141 V. — I. Die Entstehung des Rechtsverhältnisses zwischen Macht=

erhob, weil der Ehemann beim Vertragsabschluss betrüglich gehandelt. Es fragte sich, ob die Klägerin für diesen Betrug ihres Bevollmächtigten verhaftet. In 2. u. 3. Instanz ist dies bejaht. — Im Falle b. hatte die Klägerin bei dem Vorschussverein zu Sch., welcher statutenmässig unter solidarischer Haftung aller Mitglieder zur Beschaffung von Geldmitteln für seine Mitglieder auch Darlehen aufnehme, drei Einlagen von 150, 125 und 50 Thlrn. gemacht. Auf die Rückzahlungsklage exzipirten die verklagten Mitglieder, dass nach dem der Klägerin bekannten Statut der Kassirer des Vereins nur Einlagen unter 50 Thlrn. habe annehmen dürfen, und es fragte sich, ob der Verein in Folge dessen für die thatsächlich gemachten höheren Einlagen gar nicht oder doch insoweit verhaftet, als sie statutenmässig angenommen werden durften. Letzteres ist in allen Instanzen angenommen. — Im Falle c. hatte T. eine für ihn eingetragene Wiese am 5. Januar 1867 an R., sein von ihm mit Spezialvollmacht versehener Bevollmächtigter H. aber dieselbe Wiese am 12. Januar 1867 an den Verklagten verkauft und übergeben. Nachdem R. im März 1867 die Wiese an den Kläger verkauft und der Besitztitel für den Kläger berichtigt, klagte dieser gegen den Verklagten auf Anerkennung seines Eigenthums, während der Verklagte widerklagend von ihm dasselbe forderte. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage abgewiesen, auf die Widerklage verurtheilt.

Gründe: a. Von den als verletzt bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen sprechen die §§ 349–351 und 359 I 5 ALR. davon, daß, wenn ein Kontrahent bei Abschluß des Vertrages sich eines Betruges schuldig gemacht hat, der andere Kontrahent unter allen Umständen volle Entschädigung verlangen kann, und zwar auch dann, wenn nur ein dolus incidens vorliegt, und der Betrogene bei dem Vertrage stehen bleiben muß (§ 359). Diese §§ kann der App.-Richter nicht verletzt haben, sobald man annehmen muß, daß der Machtgeber für einen derartigen Betrug des Bevollmächtigten aufkommen muß, denn es steht fest, daß der Ehemann der Klägerin den Vertrag mit dem Verklagten nur im Auftrage der Klägerin und für dieselbe

---

geber und Bevollm. setzt nichts voraus, als Ertheilung und Annahme der Vollmacht. Im Verhältniß zu Dritten wirkt die Vollm. nach §§ 85, 153, 154 h. t. nur, wenn 1. der Bev. als solcher aufgetreten ist. Er erklärt den beim Machtgeber vorhandenen Willen oder handelt statt seiner, indem er aus der ihm ertheilten Ermächtigung selbständig den Willen faßt und erklärt. In beiden Fällen ist er Organ des Willens des Machtgebers (Erk. a. OHG. 6 S. 404, 406; 15 S. 260), sein Wille gilt als der des Machtgebers; soll das gegen den Dritten der Fall sein, soll der Wille für und gegen diesen als Wille des Machtgebers wirken, muß er nothwendig ihm als solcher erkennbar erklärt und von ihm als solche Willenserklärung angenommen sein. Darauf beruht der für das Preuß. wie das gem. und das Handelsrecht bestehende Rechtssatz, daß zwischen dem Machtgeber und dem Dritten, mit dem der Bev. verhandelt, ein Rechtsverhältniß nur erzeugt wird, wenn der Bev. im Namen des Machtgebers oder sonst erkennbar als sein Stellvertreter kontrahirt hat, das Rechtsverhältniß zwischen dem im eignen Namen auftretenden Bev. und dem Dritten nicht einmal berührt, wenn der Dritte weiß, daß ein Vollmachtsverhältniß zwischen seinem Kontrahenten und einem Andren besteht, OHG. 4 S. 172, 173, 174; RG. 2 S. 166. Vgl. unter Nr. 236, 237, Erk. a. Nr. 239a u. ObTr. 69 S. 226 das. Dies gilt für den Machtgeber wie für den Dritten. So namentlich StrA. 15 S. 192 zu § 10 h. t., wo A. im Auftrage des B. im eignen Namen für B. ein Pferd gekauft und dem B. übergeben und B. gegen den Verkäufer C. redhibitorisch klagte; dies war ohne Cession des A. unzulässig. Ebenso StrA. 51 S. 92. Ueber die Beweislast, wenn streitig, ob im eignen oder fremden Namen verhandelt, vgl. unter Nr. 238. Daselbst ist aus OHG. 18 S. 294 ein Fall mitgetheilt, in welchem der Bev. den schriftl. Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen, das Geschäft aber gleichwohl als zwischen dem Machtgeber und dem Dritten bestehend angenommen. Unbedenklich war hier, daß es auf die Bezeichnung des Verkäufers in dem schriftl. Vertrage nicht ankommen konnte, wenn der Vertrag in Wirklichkeit anders geschlossen. Davon geht das Urtheil wohl aus. Aehnliche Fälle sind in StrA. 23 S. 230 u. 24 S. 81 behandelt. Im erstrem war die Klage ex emto darauf gestützt, daß der Beklagte theils selbst, theils durch dritte Personen, die von ihm beauftragt, Waaren gekauft, erhalten, den Kauf genehmigt und Zahlung theils geleistet, theils

geschlossen hat, und daß ersterer bei Abschluß des Vertrages betrüglich gehandelt, in Folge dessen der Verklagte den der Klage entgegen gehaltenen Vertragsschaden erlitten hat. Daß aber der Machtgeber in einem Falle, wie der vorliegende, für den Betrug seines Bevollmächtigten zu haften verpflichtet ist, kann keinem Bedenken unterliegen. Nach §§ 85, 153 I 13 wird das Verhalten eines Bevollmächtigten beim Abschluß des Vertrages für den Machtgeber ebenso angesehen, als wäre es das eigene des letzteren. Der Machtgeber ist der eigentliche Vertragsschließende, der Stellvertreter nur das Organ seines Willens. Demgemäß muß auch der Vertretene, wenn sich der Stellvertreter bei dem Abschlusse des Vertrages einen Betrug zu Schulden kommen läßt, die rechtlichen Folgen davon tragen, denn es ist nach den allegirten Gesetzen auch in dieser Beziehung das Verhalten des Bevollmächtigten rechtlich als das des Machtgebers anzusehen. Verlangt dieser namentlich, wie hier, die Erfüllung des Vertrages, so ist er auch verpflichtet, für alle Handlungen seines Bevollmächtigten einzustehen, welche das Zustandekommen des Vertrages herbeigeführt haben, und zwar so, als wenn sie von ihm selbst ausgegangen wären. Er ist nicht befugt, unter Aneignung der Vortheile des Vertrages den Dritten mit seinen Entschädigungsansprüchen an den Bevollmächtigten zu verweisen. Die entgegengesetzte Ansicht wird auch nicht durch die vom Imploranten als verletzt bezeichneten §§ 152 I 13 und 50—53 I 6 ALR. gerechtfertigt, indem diese nur von einem Schaden sprechen, welchen der Beauftragte bei Gelegenheit der Ausführung eines Auftrages verursacht hat, also von einem außerkontraktlichen Schaden. Ebensowenig kann sich der Implorant auf § 151 I 13 ALR. berufen, denn dieser paßt auf den vorliegenden Fall deshalb nicht, weil hier von einem wissentlichen Einlassen mit dem Bevollmächtigten über die Grenzen seiner Vollmacht hinaus nicht die Rede ist (§ 150 a. a. O.).

Gründe: b. Der App.-Richter geht davon aus, daß der Kassirer H. nur bevollmächtigt war, Einlagen unter 50 Thlrn. anzunehmen. Er giebt dem § 90 I 13 die Auslegung, daß, wenn die Natur des Geschäftes im Falle einer Vollmachtsüber-

---

versprochen. Das ObTr. führt aus, daß die Behauptung genüge, da, wenn sie erwiesen, der Beklagte Alles, was Dritte für ihn originär sind mit oder ohne ausgedrückte Vertretung gethan haben, in allen wesentlichen Bestandtheilen eines Kaufvertrages genehmigt und sich so verbindlich gemacht, als wenn er selbst und unmittelbar von Haus aus kontrahirt. In letztrem Falle (StrA. 24 S. 81) hatte A., Generalbevollmächtigter der Holzhandlung B., den C. als Aufseher und Geschäftsführer für das Holzgeschäft engagirt, C. längre Zeit in dem Geschäfte als solcher fungirt. Als er von der Handlung B. den verabredeten Lohn forderte, wurde exzipirt, daß A. den C. nicht ausdrücklich als Bevollm. der Handlung engagirt, und beide Instanzen wiesen deshalb ab. Das ObTr. vernichtete, weil, wenn A. Vollmacht gehabt, und auf Grund der Vollm. den C. engagirt, B. verhaftet, weil A., auch wenn er nicht ausdrücklich im Namen des B. engagirt, doch als Bev. über einen Gegenstand seines Auftrags kontrahirt habe. Die Begründung ist offenbar unzureichend, dahinter steckt, wie in dem obigen OHG. 18 S. 294, daß das Kontrahiren unter eignem Namen nicht nothwendig Kontrahiren in eignem Namen. Und das ist richtig und grundsätzlich in § 130 I 14 HGB. Art. 52, 114, 298 statuirt.

2. Existenz einer Vollmacht ist sodann weitere selbstverständliche Voraussetzung. Der falsus proc. verpflichtet den Machtgeber nicht. Nach § 91 h. t. hat der Dritte das Recht, ihre Vorzeigung zu fordern; zur Vermeidung von Nachtheilen liegt dies vielfach in seinem Interesse, §§ 8, 9, 10, 96, 97, 160 ff. Eine Pflicht für den Bev., sie unaufgefordert vorzuzeigen, besteht nicht. Existirt die Vollmacht, so kann der Dritte daraus, daß er sie nicht gefordert und sie ihm nicht vorgezeigt, gegen den Akt des Bev. keinen Einwand herleiten. In ObTr. 78 S. 22 war für A. auf dem Grundstück des B. eine Hyp. eingetragen, welche B. durch ein Schreiben seines dazu schriftlich bevollm. Anwalts, der sich auf die in seinen Händen befindliche Vollm. bezog, dem A. kündigte und als A. sich zum Empfang der Zahlung nicht einfand, deponirte. Als A. trotzdem auf Zahlung der Zinsen klagte und B. die Kündigung und Deposition einwendete, replizirte A., daß ihm die Vollm. nicht vorgezeigt und er sich ohnedies auf die Kündigung nicht habe einzulassen brauchen. Dies ist in allen Instanzen verworfen, die Klage abgewiesen, weil die auf Grund der Vollm. abgegebene Willenserklärung

schreitung die Theilung des Objektes zuläßt, der Machtgeber für den innerhalb der Grenzen des Auftrages liegenden Theil verhaftet ist, daß, soweit der Auftrag ertheilt ist, die Handlung des Bevollmächtigten als eine auftragsgemäße, mithin dem Vertragswillen der Kontrahenten entsprechende, anzusehen, daß nicht die ganze Handlung, vielmehr nur der außerhalb des Mandates liegende Theil ein vertragswidriger ist. Auf diese Auslegung des § 90 a. a. O. fußend, erachtet der App.=Richter die Verklagten in Höhe von dreimal 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pf. verantwortlich, wenn die Darlehne auch, wie die Verklagten behaupten, in drei Beträgen von 150, 125, 50 Thlrn. an den Kassirer H. gezahlt sind.

Dagegen führt die Nichtigkeitsbeschwerde aus: ungiltige, resp. nichtige Verträge seien in allen Beziehungen und Theilen wirkungslos und dürften auch nicht partiell aufrecht erhalten werden, weil der Vertragswille und die Einheit des Rechtsgeschäftes sich nicht theilen lasse. Der App.=Richter soll deshalb den § 239 I 17 ALR. unrichtig auf den zuerkannten Betrag angewendet, und die § 35 I 3, § 90 I 13, § 1 I 5 ALR. durch seine entgegenstehende Gesetzesinterpretation verletzt haben.

Dies kann jedoch nicht als richtig anerkannt werden. Der § 90 I 13 des ALR. lautet:

Soweit der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrages überschreitet, wird der Machtgeber durch seine Handlungen dem Dritten in der Regel nicht verpflichtet. (§§ 51, 67.)

Zur Unterstützung seiner Auslegung dieser Vorschrift beruft der App.=Richter sich auf die Ausführung in einer Entsch. ROH. 4 S. 219, welche ihm zur Seite steht. Es muß auch anerkannt werden, daß nach dem § 90 a. a. O. nicht jede Ueberschreitung des Auftrages in allen Fällen die Verpflichtung des Machtgebers gegen den Dritten ausschließt. *Soweit der Machtgeber nur innerhalb der Grenzen des Auftrages, durch dessen Ausführung verpflichtet und berechtigt wird, berührt ihn die Ueberschreitung der Grenzen der Vollmacht nicht. Sofern die Natur des Vertrages eine Theilung zuläßt, und der Dritte, gleichwie der Bevollmächtigte, mit einer solchen ein=*

---

ihre Kraft dadurch nicht verloren, daß A. von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht. Dies muß auch für den Fall des § 140 h. t. gelten. Wie und unter welchen Voraussetzungen die Aufhebung der vorhanden gewesenen Vollm. gegen den Dritten wirkt, darüber vgl. Nr. 238.

Inwieweit *schriftl.* Vollm. erforderlich, um den Machtgeber gegen den Dritten zu *verpflichten*, wieweit die fehlende Form durch *Genehmigung* des Geschäfts ersetzt wird, wann und wieweit endlich die fehlende Vollmacht durch andere Thatsachen ersetzt wird, darüber vgl. Nr. 237, wo insbesondere hervorgehoben, daß nach § 10 h. t. die Schriftform der Vollm. nicht erforderlich, um den Machtgeber zu *berechtigen*, daß deshalb nach Präj. 1240 der Dritte durch das an sich gültige Geschäft dem Machtgeber gegenüber gebunden ist, bis derselbe seine Genehmigung erklärt oder ablehnt. Auch aus diesem Grunde kann es von Interesse für den Dritten sein, sich über die Existenz schriftl. Vollm. zu vergewissern, namentlich Willenserklärungen eines als Bev. Auftretenden gegenüber, die einseitig gegen ihn wirken, ohne daß es seiner Zustimmung bedarf, wie Kündigungen, Erklärung aus § 622 II 2 u. a. (*Dernburg* 1 § 214 Anm. 8). Auf solche Willenserkl. des angeblich Bevollm. ist der Dritte ohne schriftl. Legitimation des Bev. sich einzulassen nicht verpflichtet.

Bezüglich des Ersatzes der schriftl. Form der Vollm. durch Genehmigung (Nr. 237) ist hier noch, worauf schon früher hingewiesen, zu bemerken: Das genehmigte Geschäft muß das auf Grund der mündl. Vollm. ausgeführte *Geschäft des Machtgebers* sein. Darauf beruhen ObTr. 22 S. 185 u. StrA. 80 S. 149. Dort hatte A. den B. bevollmächtigt, die für ihn auf dem Grundstück des B. eingetragene Hypothek zu cediren, die Valuta zu verabreden, in Empfang zu nehmen und zu quittiren. Statt dessen *verpfändete* B. die Hypothek *für eigne Schuld*. Hier nahm auf die Klage des Pfandgläubigers gegen A. der 2. Richter unbegreiflicherweise an, daß B. zu der Verpfändung nach I 8 § 9; 13 §§ 103, 104; 20 § 15 befugt gewesen, daß die Verpfändung nur ein minus gegenüber der Cession sei, während die Verpfändung für eigne Schuld des Bev. offenbar ein außerhalb der Vollm. liegendes aliud war. Das ObTr. hat deshalb vernichtet, gleichzeitig aber auch aus gleichem Grunde die event. behauptete mündliche Genehmigung des A. nach §§ 73 ff. I 20 für unerheblich erachtet, weil der schriftl. Konsens erforderlich. Die gleichzeitige Berufung auf § 63 h. t. war kaum nöthig.

verstanden sind, kann der Machtgeber aus der Ueberschreitung der Vollmacht keinen Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit des von seinem Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrages hernehmen. Soweit es ihn angeht, ist der Auftrag seinem Willen gemäß ausgeführt. Dem steht auch der als verletzt bezeichnete § 1 I 5 ALR. nicht entgegen. Es fehlt die zu dem Vertrage erforderliche wechselseitige Einwilligung, die Willensübereinstimmung nicht. In der Auslegung des § 90 I 13 hat der App.-Richter hiernach nicht gefehlt.

Ob in einem gegebenen Falle der Vertrag ein solcher ist, der eine Theilung zuläßt, ob die Ueberschreitung der Vollmacht eine derartige ist, daß der Machtgeber in seinen Rechten und Pflichten davon unberührt bleibt, in wiefern der Bevollmächtigte berechtigt ist, der Theilung zu widersprechen, ob zu derselben seine Einwilligung erforderlich ist, sind Fragen, welche von der angegriffenen Gesetzesauslegung unabhängig sind. Wohl als ein Angriff gegen die Anwendung des § 90 a. a. O. in der gewählten Auslegung auf den vorliegenden Fall kommt die Behauptung der Nichtigkeitsbeschwerde in Betracht: wenn der Kassirer Anleihen von 50 Thlrn. und darüber vereinnahmt hat, so sei ein solcher Vertrag in allen Beziehungen und Theilen ungiltig und nichtig. Die Nichtigkeitsbeschwerde beruft sich auf den § 35 I 3 ALR., nach welcher Bestimmung der Handelnde aus unerlaubten Handlungen zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte überkommt. Eine Verletzung dieser Bestimmung liegt jedoch nicht vor. Nicht jedes Zuwiderhandeln gegen eine Vertragsabrede ist im Sinne des § 35 a. a. O. eine unerlaubte Handlung. Daß die Ueberschreitung der Vollmacht seitens des Klägers eine solche war, ist nicht dargethan. Können hiernach die § 90 I 13, § 1 I 5, § 35 I 3 ALR. nicht für verletzt erachtet werden, so ist der Rüge der Verletzung des § 239 I 17 ALR. die Unterlage entzogen.

Gründe: c. Der App.-Richter sagt mit Beziehung auf den § 18 I 10 ALR. wörtlich: „Diese Bestimmung allein stellt das Verlangen des Klägers als ein ungerechtfertigtes, das des Widerklägers als ein berechtigtes dar. Denn unstreitig hat

---

In StrA. 80 S. 149 hatte A. dem B. Generalvollm. gegeben und B. auf Grund derselben eine Forderung des A. dem C. für seine, des B., Schuld verpfändet. Auch hier ist die Klage des C. gegen A. abgewiesen. Das ObTr. ruft § 63 h. t. an und deducirt, daß es auch darauf, ob C. sich in gutem Glauben befunden, nicht ankomme, da der Dritte nur aus der Vollm. Rechte gegen den Machtgeber herleiten könne, der Machtgeber daher nur soweit gebunden, als die Vollm. reiche, nicht für Handlungen, die außerhalb derselben liegen und nur den Vortheil des Bev. zum Gegenstande haben. Das ObTr. führt endlich auch hier aus, daß der Satz, wonach Ueberschreitung der Vollm. durch mündl. Genehmigung geheilt, §§ 142 ff. h. t. Erk. d. Nr. 237, unanwendbar, wo es sich nicht um ein Geschäft des Machtgebers handle, Einwilligung in Verpfändung eigner Sachen für fremde Schuld der Schriftform bedürfe, § 73 I 20.

3. Weitere Voraussetzung für die Verpflichtung des Machtgebers durch den Bev. ist, daß die Handlung des Bev. sich in den Grenzen der Vollm. hält, § 90. Zu diesem Behufe kann und muß der Dritte sich Kenntniß vom Inhalt der Vollm. verschaffen, §§ 91 ff. h. t. Ueberschreitungen der Vollm., die er nicht kennt und nicht kennen muß (Instruktionen, von denen die schriftl. Vollm. nichts sagt, die geheim gehalten werden sollen, Erk. b. Nr. 237), schaden ihm nicht; dahin ist auch ein Widerruf oder sonstiger Aufhebungsgrund der Vollm. zu rechnen, den er nicht zu wissen braucht. Vgl. auch die obigen Erk., ObTr. 22 S. 185; StrA. 80 S. 149 über Genehmigung der Ueberschreitung unter Nr. 237. Nicht gebunden wird der Machtgeber nach §§ 206 ff. auch durch Handlungen eines von mehreren Bevollm. Vgl. StrA. 15 S. 40 unter Nr. 239a. Ueber die Auslegung des „soweit“ in § 90 verhält sich das Erk. b., wonach das mit Ueberschreitung der Vollm. geschlossene Geschäft den Machtgeber bindet und berechtigt, soweit es innerhalb der Vollm. bleibt und eine Theilung nicht durch das Interesse eines oder beider Kontrahenten sich verbietet. Ein Beispiel giebt das im Erk. b. angezogene OHG. 4 S. 219, 223. A. hatte seinem Agenten B. Auftrag zum Verkauf von 10 Faß Sprit ertheilt, B. an C. 5 Faß zum Oktober, 5 zum November verkauft. Als C. gegen A. klagte, exzipirte A., daß B. gegen die Vollm. 80 Faß an verschiedene Häuser verkauft, darunter 15 an C. B. hatte alle Geschäfte rückgängig gemacht, bis auf den Verkauf

Verklagter von dem eingetragenen Eigenthümer bezieblich dessen Bevollmächtigten gekauft, ebenso unstreitig der Kläger von einem Andern, als dem im Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthümer."

Implorant (Kläger) macht hiergegen geltend, daß auch sein Titel als ein mittelbar von dem eingetragenen Eigenthümer herrührender angesehen werden müsse, da nach den §§ 124, 126 I 11 ALR. jeder Käufer eines Grundstücks von seinem Vormann (also auch R. von T.) das Recht auf Besitztitelberichtigung sofort mit dem Kaufe erwerbe. Der App.-Richter habe mithin die allegirten Bestimmungen, den § 18 I 10, sowie den § 19 das. verletzt, welcher letztere unter mehreren ihren Titel von dem eingetragenen Eigenthümer habenden Prätendenten demjenigen den Vorzug gebe, welcher seinen Titel in das Hypothekenbuch habe eintragen lassen. Dieser Angriff trifft nicht zu.

Der § 126 a. a. O. giebt zwar dem Käufer ein vertragliches Recht gegen den Verkäufer, daß dieser Alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um die Zuschreibung an den Käufer zu bewirken. Welches Vertragsrecht aber R. gegen T., den eingetragenen Besitzer, erworben hatte, erhebt nichts. Es ging durch den weiteren Verkauf nicht auf den Kläger über. Letzterer hatte nur Vertragsrechte gegen den nicht eingetragenen R. Der mit diesem abgeschlossene Vertrag ist eben des Klägers Titel; dieser Titel konnte also nicht im Sinne des § 18 von dem eingetragenen Eigenthümer herrühren, der von dieser Voraussetzung ausgehende § 19 a. a. O. mithin keine Anwendung finden.

Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nicht durchgreifend. Der App.-Richter sagt in weiterer Entwickelung seiner Entscheidungsgründe: Auch ob an Verklagten nicht, wohl aber an den Kläger die Uebergabe geschehen, auch darauf kommt es nicht an. Denn vorweg entscheidet eben der bessere Titel; schon dieser gewährt den Vorzug, wenn auch dem schlechtern die Uebergabe hinzu tritt.

Implorant führt hiergegen aus, wie die §§ 18, 19 I 10 ALR. voraussetzen, daß noch keine Uebergabe erfolgt sei, und daß erst Titel und Uebergabe in ihrem

---

von 10 an C. Das OHG. verurtheilte unter Bezug auf die aus l. 33 D 17, 1, § 8 J. 3, 26, l. 3 §§ 2—4, l. 22 C. 8, 41 (vgl. dagegen l. 3 § 2 D. 17, 1) auch im gem. R. entnommene neuere Auffassung, indem es „insoweit" nicht als „insofern" interpretirt, so daß das Geschäft besteht, soweit es innerhalb des Mandats liegt; soweit der Mandant dem Mandatar gebunden, ist er es dem Dritten, l. 7 pr. D. 14, 1. Es setzt aber ebenfalls voraus, daß durch die Theilung kein Interesse des Mandanten verletzt. Dem Dritten kann die Theilung wider seinen Willen nicht aufgedrungen werden.

Anders liegt die Sache, wo das Gesetz den Umfang der Vollm. der Art bestimmt, daß eine Beschränkung gegen den Dritten unwirksam, HGB. Art. 43, 116, 138, 231, CPO. § 79. In solchen Fällen kann dem Dritten die Ueberschreitung nur entgegengesetzt werden, wenn zugleich die exc. doli gegen ihn begründet, RG. 9 S. 148; OHG. 5 S. 295, 6 S. 131, 7 S. 403, 9 S. 429, 19 S. 334.

4. Von Ueberschreitung der Vollm. ist natürlich nicht die Rede, wo der Bev. das in den Grenzen der Vollm. abgeschlossene Geschäft nur zum Nachtheil des Machtgebers oder anders, als derselbe gewollt, abgeschlossen hat, weil er die Willensmeinung des Machtgebers irrig aufgefaßt hat, RG. 1 S. 8. Selbst dolus des Bev. kann dem daran nicht betheiligten Dritten nicht schaden. Das hängt mit dem Eingangs formulirten Satze zusammen, daß dem Dritten gegenüber die Willenserklärung des Bev. als die des Machtgebers gilt. Daraus folgt weiter, daß, wo die Vollm. auf Begründung einer Obligation geht, die durch die Willenserkl. des Bev. begründete Obligation für und gegen den Machtgeber mit derselben Qualifikation und allen Mängeln entsteht, wie sie entstanden, wenn der Bev. im eignen Namen kontrahirt, daß Irrthum des Bev. bezüglich des Geschäfts, Zwang, Betrug, dolus des Dritten gegen den Bevollmächtigten so wirkt, wie wenn sie unmittelbar beim Machtgeber vorhanden bez. gegen ihn verübt, andrerseits aber auch dolus und culpa des Bev. in contrah. und contractu, mala fides z. B. beim Ankaufen von fehlerhaften Waaren mit Wissen ihrer Fehler, dem Machtgeber schaden. So Erk. b. und übereinstimmend für gem. R. mit ausführlicher Begründung, OHG. 6 S. 404, 406, wo es sich um den Prokuristen handelte, der betrüglich Koakseisen als reines Holzkohleneisen verkauft hatte. Das OHG. läßt daselbst dahingestellt,

Zusammentreffen zum Eigenthum führten. Der App.=Richter habe mithin die §§ 1, 18, 19 a. a. O., den § 23 daselbst und die §§ 1, 2, 76, 77 I 11 ALR. verletzt. Dieser Vorwurf ist begründet.

Die von beiden Theilen gestellten, sich deckenden Klageanträge sind dahin gerichtet: den Verklagten und beziehungsweise den Widerverklagten zur Anerkennung des Eigenthums des klagenden und beziehungsweise widerklagenden Theils an der streitigen Wiese zu verurtheilen. Es kommt also nicht einfach auf den bessern Titel an, vielmehr darauf, ob eine der Parteien, eventuell welche das Eigenthum erworben hat, während der von dem zweiten Richter allein für durchgreifend erachtete § 18 lediglich darüber sich verhält, welcher von den Titeln mehrerer Prätendenten den Vorzug verdiene, also in gleicher Weise, wie der wesentlich dasselbe bestimmende § 8 daselbst nur das persönliche Recht zur Sache im Auge hat. Es bestimmt aber der § 1 ebendaselbst: „Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert außer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben", — und damit übereinstimmend der § 3 I 9 ALR.: „Zur Erwerbung des Eigenthums wird die Besitznehmung erfordert."

Es verordnet ferner der gleichfalls als verletzt bezeichnete § 23 I 10 ALR.: „Ist aber Einem unter diesen mehreren Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigenthumsansprüche der übrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann dieselben entstanden sind", — eine Bestimmung, welche ungeachtet des über bewegliche Sachen sich verhaltenden Marginale zu § 21 auch als auf unbewegliche Sachen sich beziehend aufgefaßt werden muß, wenn man anders die über den guten Glauben sich verhaltenden §§ 24, 25 daselbst verstehen will.

Indem also der zweite Richter gegenüber dem von ihm angenommenen besseren Titel des Verklagten die Frage, wem übergeben worden, für unerheblich erachtet, das Eigenthum des Klägers lediglich aus diesem Gesichtspunkte verneint, und dasjenige des Widerklägers anerkennt, verletzt er den § 18 a. a. O. durch unpassende Anwendung und die §§ 1, 23 daselbst durch Nichtanwendung.

---

ob auch nach ALR. der Betrug des Bevollm. beim Vertragsschluß als Vertragsverletzung aufzufassen. Mit dem Erk. b. harmonirt wesentlich ObTr. 76 S. 180, 200, 201 (vgl. zu I 19). In diesem Falle hatte A. auf seinem Grundstück dem B. ein Kohlenabbaurecht (Ges. v. 22. Febr. 1869) eingeräumt, das Grundstück demnächst veräußert, und schließlich die verehel. C. dasselbe durch einen von ihrem Generalbevollm. für sie geschlossenen Vertrag erworben. Da das Recht des B. nicht dinglich geworden war, kam es für seine Wirksamkeit gegen die C. nach §§ 1, 5, 9 I 19 darauf an, ob das persönliche Recht des B. der C. beim Erwerb des Grundstücks bekannt gewesen war. Der 2. Richter folgerte aus § 22 I 7, daß es auf die mala fides des Bevollm. der C., welchem die Existenz des Rechts durch den Verkäufer mitgetheilt war, nicht ankomme. Das ObTr. hat dies reprobirt, weil der Bevollm. beim Vertragsabschluß den Machtgeber vertrete, Mittheilungen durch den dritten Kontrahenten beim Vertragsschlusse sowie alle Verabredungen den Machtgeber binden. Das konnte gar keinem Bedenken unterliegen, weil konkret durch die Mittheilung zugleich das Obligationsverhältniß gestaltet wurde, sofern sie die Haftung des Verkäufers dem Käufer und dem Berechtigten gegenüber modifizirte. In derselben Sache war behauptet, daß dem Bevollm. auch durch Dritte (Beamte des Verkäufers) Mittheilung gemacht war. Dies erachtete das ObTr. für gleichgültig, weil der Bev. von Mittheilungen des Nichtkontrahenten keine Kenntniß zu nehmen brauchte, diese Mittheilungen auch den Machtgeber nicht verpflichteten. Dies kann aber nur besagen wollen, daß solche Mittheilungen kein Wissen herstellen. Das Präj. 1774 (PrS. S. 87, ohne Gründe) sagt allerdings, daß, was dem Bev. nicht durch Verhandlung mit dem Dritten bekannt geworden, den Machtgeber nicht verpflichtet, deshalb die Wissenschaft des Bevollm. des debitor den deb. nicht in Verzug setzt, wenn dem Bev. bekannt geworden, daß die Bedingung einer dem deb. obliegenden Zahlung eingetreten. Letzteres kann richtig sein, der erste Satz ist zu allgemein gehalten.

Der Fall ObTr. 76 S. 180 zeigt zugleich, daß der § 22 I 7 vorsichtig auf den Fall des Auftrags zum Besitzerwerb zu beschränken. Wo Besitz= und Eigenthumserwerb in Zusammenhang mit obligatorischen Beziehungen stehen, kann § 22 I 7 nicht entscheiden. Darum kann StrA. 11 S. 206, vgl. unter Nr. 140, Bd. 1 S. 676, wo es sich um neg. gestio durch Ankauf eines

Der App.-Richter führt ferner gegenüber der Behauptung des Klägers, daß der Verklagte vor der von diesem geltend gemachten angeblichen Besitzergreifung von dem ältern Titel des Klägers unterrichtet gewesen, wörtlich aus: „Vorausgesetzt bei dem bessern Titel des Verklagten ist freilich, angesehen den allgemeinen Satz des § 24 a. a. O., der gute Glaube auf Seiten des mit dem bessern Titel Versehenen, hier auf Seiten des Verklagten. Doch kann es sich selbstverständlich nur darum handeln, ob Verklagter zur Zeit, da er diesen Titel erwarb, sich in gutem Glauben befand, also am 12. Jan. 1867. Darnach kann zum Beweise des Gegentheils es vorweg auf keine Thatsache ankommen, welche in die Zeit nach jenem Tage fällt."

Mit Recht macht der Implorant dem zweiten Richter den Vorwurf, hierdurch den § 24 I 10 ALR. verletzt zu haben. Denn nach dem deutlichen Inhalte desselben, und des damit zusammenhängenden § 25 daselbst soll auch der zur Zeit der Uebergabe oder Eintragung bestehende böse Glaube den Eigenthumserwerb hindern.

Bornemann (System, 2. Aufl., 2 S. 223) sagt: „daß die bona fides bis zur Uebergabe fortgedauert haben muß, kann keinem Bedenken unterliegen", und Koch (Privatrecht 1 S. 459) nimmt an, daß der nur persönlich zur Sache Berechtigte sein Recht gegen denjenigen verfolgen kann, welcher zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene Recht des Andern kannte.

Deshalb und ebenso aus dem oben erörterten Gesichtspunkte erscheint die Nichtigkeitsbeschwerde freilich begründet.

Die nunmehr eintretende freie Beurtheilung führt jedoch in der Sache selbst zur Aufrechthaltung des angegriffenen Erkenntnisses.

Die Beantwortung der verschiedenen Fragen, welche bei der Kollision der Titel mehrerer Prätendenten hevortreten, wird erst dann erheblich, wenn diese verschiedenen Titel an sich — (vergl. den Wortlaut des § 18 I 10) — rechtsgültig sind. Zwischen einem gültigen und einem an sich ungültigen Titel kann begrifflich von einer Kollision nicht die Rede sein. Verklagter hat aber ausdrücklich die Unverbindlichkeit des

---

gestohlenen Werthpapiers durch den Handlungsdiener für den abwesenden Prinzipal handelte, wohl in Frage gezogen werden. Dernburg Bd. 1 § 154 Anm. 12 fragt mit Recht, ob der Prokurist (der Generalbevollmächtigte eines Abwesenden) für den abwesenden Prinzipal, der ihm die ganze Geschäftsführung überlassen, das Eigenthum gestohlener Papiere solle erwerben können, obwohl er den Diebstahl weiß, Art. 307 HGB. Der dabei von ihm betonte Unterschied von General- und Spezialvollmacht hat darin seine Berechtigung, daß General- und Spezialvollm. nicht blos im Umfang der Befugnisse des Bev., sondern auch in dem innern Kern der Thätigkeit des Bevollm. in der Art von einander verschieden sein können, wie oben angedeutet, und es kann sein, daß der Spezialbevollm. den vorhandenen Willen des Machtgebers nur erklärt, der Generalbev. den noch nicht vorhandenen für den Machtgeber faßt und erklärt und wirklich für ihn handelt. Wenn der Verkäufer dem Käufer die Sache angeboten, mit ihm verhandelt, einig geworden, für den einen oder andern ein Bevollm. den fertig stipulirten Vertrag abschließt, weil der Kontrahent selbst gehindert, wenn der Eigenthümer das Grundstück verkauft, übergeben, er oder der Käufer für die Auflassung einen Bevollmächtigten bestellt, soll dann die mala fides des Bevollm., z. B. sein Wissen davon, daß die verkaufte Sache fehlerhaft, oder das Wissen des Bevollm. des Käufers, daß das aufgelassene Grundstück fremdes Eigenthum bei bona fides des Machtgebers entscheiden? Liegt der Fall ganz so, wie wenn der Verwalter, der Generalbevollm. kauft oder verkauft? Die Praxis des ObTr. hat diese Fragen nicht erörtert.

5. Die §§ 86—89 behandeln die Kollision zwischen Verhandlungen des Machtgebers und einem Dritten und des Bevollm. mit einem andern Dritten über dasselbe Objekt. Ein Beispiel giebt Erk. c., dessen Ergebniß jetzt durch die Vorschriften des EigenthGes. v. 5. Mai 1872 wesentlich modifizirt werden würde. Der § 88 ist auch da anwendbar, wo die Benachrichtigung den Widerruf der Vollm. enthält, was im Widerspruch mit den unter Nr. 238 mitgetheilten Grundsätzen über die Wirkung des Widerrufs gegen den Dritten zu stehen scheint, wenn die Vollm. nicht gleichzeitig abgefordert und zurückgegeben; in der That wird aber das Verhältniß des Dritten zum Machtgeber nicht anders bestimmt, nur das Rechtsverhältniß zu dem Kontrahenten des Machtgebers in Bezug auf das Vertragsobjekt. In § 89 haftet der Machtgeber seinem Kontrahenten nicht ex mand., sondern aus culpa in contrah.

von T. an R. und demzufolge auch des von R. an den Kläger erfolgten Verkaufs behauptet, und zwar mit Recht. R., des Klägers Auktor, hat am 5. Jan. von T. selbst, Verklagter am 12. Jan. von dem Spezialbevollmächtigten des letzteren gekauft. Nach § 85 I 13 ALR. verpflichten die mit einem Bevollmächtigten gepflogenen Verhandlungen den Machtgeber ebenso, als wenn dieselben mit ihm selbst gepflogen worden wären. Hat Jemand mit einem Bevollmächtigten, und ein Anderer mit dem Machtgeber selbst über ein und denselben Gegenstand mit einander nicht zu vereinigende Geschäfte abgeschlossen, so soll nach § 86 daselbst dasjenige gelten, welches früher zu Stande gekommen ist. Der § 88 endlich bestimmt: „Hat der Machtgeber den Bevollmächtigten von den Unterhandlungen, in die er selbst über das Geschäft mit einem Anderen getreten ist, nicht benachrichtigt, so gilt die Verhandlung des Bevollmächtigten, wenn sie auch später, als die des Machtgebers abgeschlossen wäre."

Kläger behauptet zwar, daß T. bereits vor dem 12. Jan. 1867 die dem H. ertheilte Vollmacht widerrufen habe, jedoch hat Kläger nicht behauptet, daß der Vorschrift des § 161 I 13 genügt worden sei, wozu Bornemann (System 3 S. 433) bemerkt: „Der Widerruf einer Vollmacht ist gegen dritte Personen in der Regel unwirksam, wenn die Vollmacht in den Händen des Bevollmächtigten geblieben, und nach Produktion derselben ein Geschäft abgeschlossen ist." *)

Kläger behauptet zwar, daß H. bei Abschluß des Vertrages mit dem Verklagten die Grenzen seines Auftrages überschritten habe, indem er anführt, daß T. ihm ausdrückliche Anweisung gegeben, die Wiese für nicht weniger als 200 Rthlr. zu verkaufen, auch vor dem definitiven Abschlusse des Geschäfts erst seine, des Machtgebers, Genehmigung einzuholen, H. aber für 100 Rthlr. verkauft, auch ohne vorher seinem

*) Vgl. Nr. 238.

6. Ueber die Haftung des Machtgebers für außerkontr. Schaden, den der Bev. Dritten bei Ausführung des Auftrags zugefügt, § 152 h. t. vgl. I 6 §§ 50 ff. u. über § 36 h. t. vgl. Nr. 129, Bd. 1 S. 594, 596, 597.

II. Ein Rechtsverhältniß zwischen dem als solcher auftretenden Bev. und dem Dritten entsteht regelmäßig nicht. Dies gilt jetzt auch für das gem. R., nachdem in der Entwicklung desselben und des Repräsentationsprinzips das frühere Wahlrecht des Dritten, die Obligation gegen den dominus oder den gestor geltend zu machen (vgl. dasselbe noch in ALR. II 8 §§ 541, 542), fortgefallen, OHG. 13 S. 328. Es müssen besondere Umstände hinzukommen, um solch Verhältniß zu begründen. Dahin gehört der Fall des falsus procurator, und der Mangel der schriftl. Vollm., § 9 h. t., vgl. über die Voraussetzungen des Anspruchs daraus unter Nr. 237; der Fall des § 35 h. t., die Ueberschreitung der Vollm., §§ 96, 150, 151, der Fall des § 171 h. t. u. § 128 h. t. Eine direkte Klage scheint der nicht klare § 157 h. t. gegen den Bev. zuzulassen u. StrA. 5 S. 118 kann als ein Beispiel angeführt werden, wenn auch § 157 nicht benutzt und die Entscheidung wesentlich aus den aufgehobenen §§ 511, 541 II 8 entnommen. Ein Handlungshaus in London hatte mit einem Schiffskapitän zur Abholung einer Ladung Holz von Danzig durch dessen Schiff einen Vertrag geschlossen, in welchem der Handlungsfaktor des Hauses als der bezeichnet war, von dem der Kapitän das Holz in Empfang zu nehmen. Als Streit darüber entstand, ob der Faktor das Holz nach einem bestimmten Platz zu schaffen oder der Kapitän es zu holen habe, klagte der Kapitän gegen den Faktor auf Hinschaffung des Holzes nach dem von ihm bezeichneten Platz. In 2. Instanz wurde die Passivlegitimation bestritten, der Einwand aber in 2. u. 3. Instanz verworfen, weil der Faktor kein einfacher Bev. und § 153 h. t. die Haftung des Bev. gegen den Dritten nicht unbedingt ausschließe („in der Regel").

Außerhalb des Mandats liegt die Frage, ob der Bev., der bei Ausführung des Mandats aus Versehen, für welches er haftet, und durch welches in die Hände des Dritten etwas gelangt, was derselbe herausgeben muß, die cond. ind. (sine c.) gegen den Dritten hat. In RG. 10 S. 112 ist aus l. 57 § 1 D. 12, 6 die Frage bejaht, vgl. unt. Nr. 243. Andrerseits ist nach dem unter Nr. 239a Gesagten unzweifelhaft, daß der Bev., der für den Machtgeber empfangen und das Empfangene abgeliefert hat, mit der Bereicherungsklage dem Dritten nicht haften kann. Dagegen ist dem Dritten die cond. s. c. gegen den Machtgeber wie bei der neg. g. gegen den dominus auf das gegeben, was er aus dem Geschäft, welches er nicht genehmigt und nicht zu genehmigen braucht, in Händen hat. Vgl. unt. Nr. 242a. u. Nr. 243.

Machtgeber Mittheilung zu machen, den Vertrag abgeschlossen. Allein selbst dann, wenn diese Anweisung in einer förmlichen schriftlichen Instruktion bestanden hätte, so enthält doch die ohne jede Einschränkung ertheilte notarielle Vollmacht von einer solchen kein Wort. Es kommt mithin der § 93 I 13 zur Anwendung.

Kläger hat zwar unter Berufung auf die Grundakten behauptet, daß am 12. Jan. 1867 bereits eine Abschrift des am 5. Januar von T. mit R. abgeschlossenen Vertrages bei diesen Akten gewesen sein müsse. Es ist jedoch nicht erfindlich, wie aus dieser etwaigen Thatsache folgen soll, daß der Verklagte von dem letztgedachten Vertrage beim Abschlusse seines Kaufs Kenntniß gehabt haben müsse. Bei dieser Sachlage kommt der oben allegirte § 88 zur vollen Geltung. Der von dem Verklagten mit H. abgeschlossene Kaufvertrag ist der gültige, und der frühere von R. mit dem Machtgeber selbst abgeschlossene Kauf hat eben dadurch seine rechtliche Wirksamkeit verloren. Von einer Kollision zweier rechtsgültiger Titel kann mithin nicht füglich die Rede sein, und der Kläger konnte ebensowenig, wie sein Auktor R. auf Grund desselben durch eine etwa hinzugetretene Tradition Eigenthum erwerben. Das genügt zur Abweisung der Klage.

Bezüglich der gleichfalls auf Eigenthumsanerkennung gerichteten Widerklage fragt es sich, ob dem an sich nach Obigem gültigen Titel des Verklagten eine Besitzergreifung hinzugetreten ist. Die in dem Vertrage enthaltene Erklärung der Kontrahenten, daß die Uebergabe erfolgt sei, hat jedenfalls die Bedeutung einer den Besitz auf Seiten des Verkäufers erledigenden Willenserklärung des letzteren. Sie muß auch hinreichend gewesen sein, den Besitz zum Vortheile des Widerklägers zu erledigen; denn es ist unstreitig, daß der letztere im Juli desselben Jahres das Gras auf der Wiese abmähen lassen und sich angeeignet hat. Zwar hatte der Widerkläger schon vor dem hierin beruhenden Besitzergreifungs-Akte von dem Hypothekenrichter die Nachricht erhalten, daß T. selbst am 5. Jan. die Wiese an R. verkauft hatte. Wenn aber nach obiger Ausführung letzterer keinen gültigen Titel erworben hatte, so war die Benachrichtigung auch nicht geeignet, den Verklagten in bösen Glauben zu versetzen und die Besitzergreifung zu einer unwirksamen zu machen.

Aber selbst wenn man hiervon absehen will, so ist doch auch dann, wenn man den Vertrag vom 5. Jan. für einen an sich rechtsverbindlich verbliebenen erachten möchte, jene Benachrichtigung des Hypothekenrichters noch nicht geeignet, den Verklagten bezüglich der Gültigkeit oder Wirksamkeit seines Titels in bösen Glauben zu versetzen.

Hiernach ist die Uebergabe nach Maßgabe des § 59 I 7 ALR. für vollzogen und das Eigenthum des Verklagten für existent geworden zu erachten.

Nr. 242. §§ 228—261; I 14 §§ 166, 167. Geschäftsführung ohne Auftrag. negotiorum gestio. Begriff. Fälle. (Einziehung fremder Forderung. Betreiben fremder Geschäfte in der Meinung, daß sie eigene.)*)

a. Erk. v. 10. Febr. 1870; ObTr. 63 S. 141.

b. Erk. v. 17. Jan. 1871; ObTr. 65 S. 78 (StrA. 80 S. 227).

Im Falle a. hatten die L.schen Eheleute ihr Leben zum Besten des Ueberlebenden bei einer Gesellschaft versichert, nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes der Konkursverwalter die Policen an sich genommen, der Verklagte aber, angeblich auf Grund einer Abrede mit dem Verwalter,

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 430, 431; Dernburg 2 §§ 284—286; Förster (Eccius) 2 § 149. — Das ALR. geht wie das gem. R. davon aus, daß die unbefugte

dass ihm vorbehaltlich der Genehmigung des Kommissars die Policen herausgegeben werden sollten, die Prämien gezahlt. Als im Laufe des Konkurses die Frau starb und sich ergab, dass zur Erhebung der Summe die Prämienquittungen erforderlich, klagte der Verwalter gegen den Beklagten auf Herausgabe derselben gegen Erstattung der verauslagten Prämien, während der Beklagte widerklagend die Policen verlangte. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter auf die Klage verurtheilt, die Widerklage abgewiesen. — Im Falle b. hatte nach dem Klagevortrage der Beklagte eine von der Klägerin ererbte Forderung an die Wittwe T. von derselben unbefugt unter dem Vorgeben, dass die Klägerin ihn dazu ermächtigt, eingezogen und für sich verwendet. Die Klage auf Erstattung des Betrags nebst Zinsen wurde in beiden Instanzen abgewiesen, weil die Zahlung der T. an den Beklagten rechtlich wirkungslos, nur die T. von dem Beklagten das Gezahlte zurückfordern könne. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Daß der Verklagte auf die Versicherungs-Police keinen Anspruch erworben, hat der App.-Richter mit Recht angenommen Die Zahlung der Prämien lag sonach lediglich im Interesse der beiden Versicherten; und wenn gleichwohl der

---

Führung fremder Geschäfte einen Eingriff in fremdes Recht enthält, § 228 h. t. Was fremde Geschäfte sind, entzieht sich einer umfassenden Definition (vgl. Windscheid 2 § 430_1); die Praxis hat eine solche nirgends versucht. Nach I 14 §§ 166, 167 fällt die Verwaltung darunter, und sicher ist, daß der Begriff alles umfaßt, was nach Nr. 236 Gegenstand der Vollmacht sein kann, d. h. Rechtsgeschäfte und rechtliche Willenserklärungen aller Art in dem dort erörterten Sinne. In I 16 § 45 wird die n. g. durch Zahlung fremder Schuld ausdrücklich erwähnt. Auch die Ehrenzahlung in Art. 62 ff. WO. kann n. g. enthalten, OHG. 24 S. 126 unt. Nr. 242a., ebenso die Schuldübernahme, die der Tilgung gleich wirken kann, die Erhebung fremder Forderung, Erk. b u. weiter unten, die Interzession jeder Art, Garantieübernahme, Bürgschaft, letztere allerdings regelmäßig nur, wenn sie dem Schuldner dient, indem sie ihm Kredit schafft, das Eingehn der Schuldverbindlichkeit ermöglicht (Darlehn, welches nur gegen Wechsel mit mehreren Unterschriften zu erlangen, OHG. 20 S. 54), weil ohne dies die Bürgschaft nur dem Gläubiger dient. Vgl. § 341 I 14.

Aber die allgemeine Fassung der §§ 228, 231, 234 rechtfertigt es, wie im gem. R., unter Geschäft, Geschäftsführung alles, auch blos faktisches Handeln zu begreifen, durch welches über fremdes Vermögen verfügt oder gethan wird, wozu der dominus verpflichtet. Von diesen Gesichtspunkten aus ist n. g. gefunden in den Verfügungshandlungen des unredlichen Besitzers, dessen, der unberechtigt ein dramatisches Werk aufführt, des Pfandgläubigers, der die ihm zur Sicherheit cedirte Forderung weiter cedirt, in Leistungen, welche, ohne Zahlung zu sein, eine Schuld tilgen, in dem vom Käufer, der zur Disposition gestellt hat, ohne Beobachtung der Art. 348, 343 HGB. vorgenommenen Verkauf, OHG. 12 S. 131. In diesem Sinne kann auch der Handwerker neg. geriren, der eine unaufschiebbare Arbeit ohne Auftrag vornimmt, namentlich wenn etwa eine gesetzliche, polizeiliche, vertragsmäßige Pflicht für den dominus besteht, sie vorzunehmen. In OHG. 16 S. 54, 56 hatte A. eine Straße im Bebauungsplan der Stadt Berlin regulirt und gepflastert und nahm wegen der Kosten die Adjazenten, die Besitzer zur Zeit der Arbeit und den zeitigen Besitzer in Anspruch. Die Klage war nur aus dem Fundament der nützlichen Verwendung angestellt und ist in allen Instanzen, — in letzter kam nur der zeitige Besitzer in Betracht, — abgewiesen, weil durch die Arbeit in das Vermögen der Beklagten nichts übergegangen. Vgl. Nr. 243. Der Gesichtspunkt der n. g. ist nicht zur Sprache gekommen, konnte aber zur Anwendung in Bezug auf den Besitzer kommen, der etwa nach dem Ortsstatut, Ges. v. 2. Juli 1875 § 15, zur Regulirung und Pflasterung verpflichtet war. Darauf verweist auch OHG. 16 S. 87 für gem. R. Ein Schiff war durch den Sturm gegen eine Landungsbrücke geworfen und um es abzubringen die Wegnahme von Pfählen der Brücke mit Erlaubniß der Stadt als Eigenthümerin der Brücke geschehn, die Pfähle von der Stadt wieder eingerammt. Als sie von dem Schiffseigenthümer die Kosten des Einrammens forderte, wies das OHG. ab, weil n. g. nur anzunehmen, wenn der Schiffseigenthümer verpflichtet, die Pfähle einzurammen und die Stadt ihn von dieser Verpflichtung befreit. In OHG. 6 S. 361 hatte A. an B. Spiritus verkauft, B. die Fässer für die Abnahme zu liefern, A., als B. sie nicht lieferte, solche selbst

Verklagte diese Zahlung bewirkt hat, so hat er sich in der That der Besorgung eines fremden Geschäfts unterzogen, und der Ausspruch seiner Erwartung oder Willensmeinung, durch die Zahlung der Prämien die Police für sich in Kraft zu erhalten, ist nicht geeignet, seine Pflichten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zu beseitigen.

Ob nämlich ein Geschäft, dessen Besorgung Jemand vornimmt, als ein eigenes oder als ein fremdes anzusehen, darf bei der Frage, ob der Handelnde dadurch verpflichtet wird, nicht nach der subjektiven Anschauung oder Absicht des Handelnden, sondern es muß nach der objektiven Lage der Sache beurtheilt werden. Darum ist schon im Röm. R. anerkannt, daß, wer fremde Geschäfte nicht aus Rücksicht auf den Geschäftsherrn, sondern um seines eigenen Vortheiles willen besorgt, gleichwohl als Geschäftsführer haftet, l. 6, 3 D. 3, 5: „Sed etsi quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scribit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione.“

Daß hiervon bei Redaktion des ALR. habe abgesehen werden sollen, ist nicht

---

hergegeben und den Spiritus aufgefüllt. Hier konnte A. die Fässermiethe aus der n. g. fordern, da er damit eine Verpflichtung des B. erfüllte. (Vgl. diesen Fall unt. Nr. 242a.) In StrA. 61 S. 96 hatte A. dem B. Bohrarbeiten übertragen, zu denen A. die Bohrapparate liefern mußte, aber nicht vollständig lieferte, so daß B. selbst zur Vornahme der Arbeit einen Theil stellte. Hier konnte B. aus der n. g. u. §§ 230, 231 h. t. Entschädigung fordern. Anders lag ObTr. 22 S. 354. A. hatte für seine Mühle vertragsmäßig von der Stadt R. aus deren Forst das nöthige Holz zu Hauptreparaturen unentgeltlich zur Abfuhr angewiesen zu erhalten. Als ein Baufall eintrat, ersuchte A. den Stadtmagistrat um Untersuchung der Schadhaftigkeit der Gebäude, kaufte aber, als er ohne Bescheid blieb, wegen der Dringlichkeit das Holz selbst und verlangte dann Erstattung. Die Klage, die übrigens nur auf nützliche Verwendung gestützt war, ist abgewiesen. Das ObTr. deduzirt, daß der Kläger kein Geschäft der Stadt geführt, weil diese nur in Folge bestimmter Aufforderung seitens des Klägers verpflichtet gewesen, das Bauholz zu liefern; allenfalls habe das Verfahren des Klägers als n. g. aufgefaßt werden können, wenn die Stadt sein berechtigtes Verlangen zurückgewiesen oder trotz der Dringlichkeit unberücksichtigt gelassen. Dies ist thatsächlich nicht angenommen. N. g. anzunehmen, wäre aber selbst dann nicht begründet gewesen, weil der Gläubiger, der sich die ihm schuldige Leistung (darum handelte es sich in dem obigen Falle StrA. 61 S. 96 u. OHG. 6 S. 361 nicht) selbst verschafft, nur bei mora des Schuldners Anspruch auf Ersatz als Interesse der Nichterfüllung namentlich dann hat, wenn die Leistung des Gläubigers eine andere war, als die des Schuldners, der Schuldner nur bei mora Geld statt der Leistung in natura fordern kann, dies durch Behauptung von n. g. nicht geändert werden kann, wenn der Anspruch auf Ersatz begründet, er aus dem Vertragsverhältniß begründet, neben welchem auf n. g. weder zurückgegangen werden braucht noch darf.

Andere Beispiele von n. g. geben die weiter mitgetheilten Erkenntnisse.

Unbefugt ist die Führung fremder Geschäfte, wenn sie ohne Recht, d. h. ohne Ermächtigung, Vollm. des dominus oder ohne eignes Recht erfolgt. Vgl. unt. Nr. 236 über den gleichen Gesichtspunkt bei der Vollmacht. Wo Vollm. vorliegt, kann die Ueberschreitung derselben oder die Fortführung des aufgetragenen Geschäfts nach Beendigung der Vollm. zu dem Gesichtspunkt der n. g. führen, soweit nicht die Vollm. auch hierfür nachwirkt, §§ 51, 53, 67, 90 ff., §§ 166, 172. Deshalb bedurfte es vielleicht des Zurückgehns auf die n. g. nicht in StrA. 100 S. 23, wo der Einkaufskommissionar die ohne Deckung eingekauften Papiere, als der Kommittent sie nicht abnahm und der Kurs rapide fiel, verkauft hatte und die Differenz forderte. Das ObTr. verurtheilte, obwohl der Beklagte einwendete, daß der Kläger zum Verkauf nicht berechtigt gewesen und deshalb aus der Kommission keinen Anspruch habe, — weil das HGB. die Anwendung der Grundsätze von der n. g. auf die handelsrechtl. Kommission nicht ausschließe. Dies ist nicht bedenklich, aber, da der Kommittent nicht hatte abnehmen wollen, der Auftrag als rückgängig geworden angesehen werden konnte, war der Kommissionär jedenfalls nach §§ 65, 69 zur Forderung der Differenz befugt. Davon geht auch StrA. 8 S. 300 in einem gleichen Falle aus, und ebenso können wohl auch die Fälle der Art. 526 u. 634 HGB. aufgefaßt werden, die in OHG. 15 S. 57, 66 als neg. g. angesehn werden.

anzunehmen. Ein legislativer Grund dazu liegt nicht vor, da auch derjenige, welcher ein ihm objektiv fremdes Geschäft, sei es in eigennütziger Absicht, oder aus Rechtsirrthum, als das seinige ausführt, doch immerhin ein fremdes Geschäft besorgt. Auch ausdrückliche Vorschriften sind im ALR. nicht enthalten, welche die Pflichten der Geschäftsführung ohne Auftrag für den Handelnden dann ausschlössen, wenn derselbe bei Ausführung eines für ihn in der That fremden Geschäftes gleichwohl die Absicht gehabt hat, in seinem eigenen Interesse zu handeln, namentlich geben die vom Imploranten angezogenen §§ 234, 237, 238 I 13 hierüber nichts an die Hand, da sie sich nur über die Folgen einer Geschäftsbesorgung äußern, je nachdem dieselbe zur Abwendung eines Schadens oder zur Beförderung eines Vortheiles erfolgt ist. Dagegen enthält der § 261 ibid. eine, der Ansicht des Imploranten zur Seite stehende Bestimmung. Danach ändert ein Irrthum des Handelnden in der Person dessen, für welchen er ein Geschäft übernommen zu haben glaubt, nichts in Beziehung auf das Geschäft selbst und dessen rechtliche Folgen. Wie hiernach ein Irrthum des Handelnden über die Person des Geschäftsherrn überhaupt für die rechtlichen Folgen der Geschäftsführung unerheblich ist, so muß es auch unerheblich sein, wenn der Handelnde sich selbst irrthümlich für denjenigen angesehen hat, in dessen Interesse er handle.

Aus eignem Rechte führt fremde Geschäfte, wer dazu gesetzlich berechtigt, zunächst der gesetzliche Vertreter, Vater, Vormund, § 228, aber sodann auch, wer nicht aus eignem Interesse, was nicht allein entscheidet, sondern aus eignem Rechte handelt. Darum ist nicht neg. gestor der Gläubiger, dem die Forderung seines Schuldners zur Einziehung überwiesen, CPO. §§ 736 ff. Damit hängt CPO. § 742, vgl. mit § 257 h. t., zusammen, und darauf beruht StrA. 80 S. 99, wo daraus und daß der Gläubiger nicht verpflichtet, das gegen den Schuldner ex assign. erstrittene Judikat vollstrecken zu lassen, gefolgert, daß wenn die überwiesene Forderung dem Schuldner nicht allein zusteht, der deshalb zur Zahlung ad depos. verurtheilte Drittschuldner gegen die Klage des Mitgläubigers zur Zahlung ad depos. keinen Einwand herleiten kann (wenn er nicht deponirt hat?). Bedenklich ist, wenn in dem Erk. b. Nr. 125, Bd. 1 S. 565 der Rechtsgrund, kraft dessen im Falle der Klage eines von mehreren Berechtigten außer dem Individualrechte des Klägers zugleich die Rechte der Mitberechtigten wahrgenommen werden, auf ein mand. praesumptum oder neg. g. zurückgeführt wird, § 120 h. t., § 54 I 17, woraus StrA. 80 S. 99 wiederum deduzirt, daß die Mitberechtigten den klagenden Theilnehmer, der das Judikat erstritten, nach § 257 h. t. anhalten können, das erstrittene Judikat vollstrecken zu lassen. Neg. g. ist nicht angenommen in RG. 10 S. 210 im Falle des § 56 des Berg-Gesetzes, weil der Bergwerkseigenthümer, der das Mineral des Andren auf Grund der Entscheidung der Bergbehörde mitgewinnt, dazu berechtigt ist, sein Recht ausübt, sich nicht in fremde Geschäfte mischt, nur die persönliche Verpflichtung zur Herausgabe des mitgewonnenen Minerals hat. Deshalb ist die Verpflichtung zur Rechnungslegung aus § 256 h. t. abgelehnt, ebenso auch die Anwendung des § 259 h. t., weil kein gemeinschaftliches Gewinnungsrecht vorhanden. (Ob der Anspruch nicht anderweit zu rechtfertigen? Vgl. Dernburg 2 § 44, Einl. ALR. § 89.) Keine n. g. liegt deshalb auch vor, wenn der solidarisch oder korreal Mitverpflichtete zahlt, vgl. zu I 16 §§ 45 ff., es entscheidet das sonst vorhandene Rechtsverhältniß zwischen den mehreren Verpflichteten, I 5 §§ 443—445. Ebenso ist es, wo Gesetz oder Vertrag sonst zum Handeln berechtigt oder verpflichtet, z. B. im Fall ALR. I 11 § 259 HGB. Art. 348 (Geschäftsbesorgungspflicht) und in dem Falle ObTr. 36 S. 312, 322, 324, wo statutarisch der Fiskus als Zehntberechtigter verpflichtet war, einen Theil der Kirchenbaukosten aus dem Zehnt zu tragen, aber ganz vorzuschießen, vorbehaltlich seines Regresses an die eventualverpflichtete Kirchengemeinde, und die ganzen Kosten vorgeschossen hatte. Das ObTr. hat zwar die Berufung auf §§ 72, 239 h. t. nicht als rechtsirrthümlich bezeichnet, um den Anspruch auf die Zinsen von der verlegten Summe zu begründen, aber von neg. gestio konnte nur analog die Rede sein, weil n. g., die gesetzlich genehmigt werden muß, keine unbefugte Einmischung ist. Das Gegentheil kann von dem Fall gelten, wo das Gesetz oder was dem gleich steht, den Zahlungspflichtigen zur Zahlung an einen Dritten berechtigt, der nicht der Empfangsberechtigte, ohne diesem zum Empfang zu verpflichten, StrA. 77 S. 256. (Zahlung der Entschädigung für aufgehobene Grundsteuerbefreiung an den eingetragenen Grundbesitzer zur Zeit der Zahlung; condictio sine causa des Entschädigungsberechtigten gegen den Empfänger.)

Sonach hat der App.-Richter den Vorschriften von der Besorgung fremder Geschäfte ohne Auftrag mit Unrecht die Anwendung versagt, insbesondere den §§ 239, 256 I 13, nach welchen der Geschäftsführer, nach erfolgter Genehmigung der Geschäftsübernahme durch den Geschäftsherrn, demselben über Ausführung des Geschäftes Rechenschaft ablegen, mithin auch, gegen Erstattung seiner Auslagen, die durch das Geschäft in seinen Besitz gelangten Urkunden ausantworten muß.

Gründe: b. Implorantin sucht aus den gesetzlichen Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag und Mandat ein den Klageanspruch begründendes obligatorisches Rechtsverhältniß zu konstruiren. Sie beruft sich dabei auf mehrere Gesetzesstellen, deren Verletzung sie dem App.-Richter vorwirft. Ihrem Angriffe gegen das zweite Erkenntniß muß auch Erfolg zugestanden werden. Sie hat in den vorigen Instanzen behauptet: der Verklagte habe, indem er sich fälschlich für ihren Mandatar ausgegeben, die ihr gebührende Kaufgelderforderung von ihrer Schuldnerin eingezogen, und findet hierin mit Recht die Elemente der Geschäftsführung ohne Auftrag. Zwar stellt der App.-Richter im Wege der Interpretation fest, daß, nach dem Klageinhalte, der Verklagte nicht für die Klägerin gehandelt, sondern das Geld für sich eingezogen und verwendet haben solle. Nach

---

Bedenklich ist es, neg. g. ex post zu konstruiren, wo ein Vertragsverhältniß aus inneren Mängeln aufgelöst wird und es sich um Rückgabe des auf Grund des Vertrages Gegebenen handelt. In StrA. 33 S. 110 hatte der Stadtmagistrat A. dem B. eine Chausseegeldhebestelle verpachtet, B. das Chausseegeld mehrere Jahre erhoben, die Pacht zum Theil bezahlt, die Klage auf den Rest wurde abgewiesen, weil der Pachtvertrag beim Mangel der Genehmigung des Oberpräsidenten ungültig war. Als die Stadt demnächst auf Rechnungslegung über die erhobenen Pachtgelder klagte, drang sie in 2. u. 3. Instanz durch, weil bei dem ungültigen Titel B. eine fremde Sache ohne Auftrag verwaltet, die Chausseegelder ohne Auftrag eingezogen, und deshalb nach §§ 228, 256 h. t. Rechnung zu legen habe. Dafür ließ sich geltend machen, daß beim Mangel der erforderlichen Genehmigung der Pachtvertrag als nicht geschlossen gelten mußte. In StrA. 98 S. 316 ist der Gesichtspunkt der n. g. auch zur Begründung des Anspruchs des zurückgebenden Käufers auf Futterkosten bei der act. redhibitoria (vgl. Nr. 113, Bd. 1 S. 506) abgelehnt, weil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß aus dem Kaufvertrage entscheide. Vgl. oben zu ObTr. 22 S. 354 und unten die Bemerkungen zu StrA. 85 S. 34.

Unbefugt ist dagegen allerdings die Einmischung in fremde Geschäfte, wenn die geführten Geschäfte auch nur objektiv fremde, und es ist für den Begr. der neg. g. (wenn auch nicht für die Wirkungen derselben, neg. g. dir. contr.) deshalb gleichgültig, ob der neg. gestor das Geschäft als fremdes weiß und führen will, ob er ferner nur das Interesse des dominus, oder sein eignes oder beides verfolgt, absichtlich oder unabsichtlich und, wie bei der Vollmacht, ob er im eignen Namen oder unter eignem Namen oder im Namen des dominus gerirt, dies folgt für das Preuß. R. (wie für das gem. R. aus l. 11, 49 D. 3, 5; RG. 11 S. 218) aus §§ 228, 258, 261 h. t. Darauf beruhen wesentlich die Erk. a. u b., in denen zugleich auf die Unterschiede zwischen der act. dir. u. contr. hingewiesen wird, und namentlich auch das zu I 15 mitgetheilte PlPräj. 2729; ObTr. 49 S. 21 (StrA. 50 S. 46), daß der unredliche Besitzer auch im Falle des § 222, letztrer für die Zeit seit Insinuation der Klage auf Herausgabe der Sache, zur Rechnungslegung über die erhobenen Früchte verpflichtet ist. Aber fremdes Geschäft ist immer erforderlich. Deshalb lag n. g. nicht vor in dem obigen Fall, RG. 10 S. 210 und ebenso wenig, wenn der Eigenthümer in suo Anstalten trifft, die dem Nachbar nützen. Vgl. StrA. 44 S. 270 (französ. R.) unt. Nr. 243a. versio in rem. Ueber den Fall des Erk. a., Zahlung fremder Schuld, vgl. unt. Nr. 242a. u. 243 und bei I 16 §§ 45 ff. Der Fall des Erk. b., Erhebung fremder Forderung, hat eine verschiedene Behandlung erfahren. In StrA. 34 S. 150 hatte A. während der mehrjährigen Abwesenheit des B. die Miethen des seinem Schwiegersohn B. gehörigen Hauses unbefugt eingezogen und in seinen Nutzen verwendet. Als B. nach seiner Rückkehr gegen ihn auf Erstattung klagte, wiesen beide Instanzen ab, weil nach § 30 I 16 die Zahlungen der Miethen an A. rechtlich bedeutungslos, ein obligatorisches Verhältniß zwischen A. u. B. dadurch nicht entstanden. Das ObTr. vernichtete, weil durch den an sich richtigen Grund der Instanzen die Verbindlichkeit des unberechtigten Zahlungsempfängers zur Restitution nicht ausgeschlossen

dieser unangefochtenen Feststellung würde der Verklagte, wenn er etwa bei der Ausführung des Geschäftes Auslagen gemacht hätte, seiner Seits die Geschäftsführungsklage nicht erheben können. Denn eine solche Klage (die act. neg. contraria) setzt ein mit der Absicht, im Interesse eines Anderen zu handeln und ihn zu verpflichten, unternommenes Geschäft voraus. Allein unabhängig hiervon ist die Frage, ob der Geschäftsherr die s. g. direkte Geschäftsführungsklage anstellen darf, wenn die erwähnte Absicht auf Seiten des Handelnden nicht leitend gewesen ist. Diese Frage ist zu bejahen. Sie hat bereits in den Gründen des PlBeschl. v. 4. Mai 1863, ObTr. 49 S. 29,*) eine gleiche Beantwortung gefunden. Daselbst wird Bezug genommen auf gemeinrechtliche Schriftsteller, welche dieselbe Meinung vertreten, sowie auf römische Gesetzesstellen, namentlich auf l. 6 § 3 D. 3, 5, wo es heißt: Wenn Jemand nicht mit Rücksicht auf mein Interesse, sondern, zum Zwecke des eigenen Gewinnes, in raubsüchtiger Absicht (depraedandi causa) meine Geschäfte führe, so sei das eine Führung nicht sowohl meines, als vielmehr seines Geschäftes, aber nichts desto weniger, sondern grade deshalb hafte er aus der Geschäftsführung.

*) Zu I 15, § 222 I 7.

werde, seine Verbindlichkeit vielmehr durch die bloße Thatsache der unberechtigten Einziehung nach den Grundsätzen von der n. g. und nützlichen Verwendung, §§ 228, 229, 262 ff., 265 h t. begründet werde. Ob A. für B. aufgetreten war, ist nicht erörtert. In StrA. 70 S. 343 hatte A. für eine Versicherungsgesellschaft Versicherungen vermittelt und dafür Provision und Auslagen zu fordern und B., Agent und Buchhalter der Gesellschaft, die Beträge widerrechtlich aus deren Kasse erhoben und als an den A. verausgabt gebucht und für sich behalten. Als A. gegen B. auf Erstattung klagte, wies der 2. Richter ab, weil nichts als eine widerrechtliche Handlung des B. gegen die Gesellschaft vorliege, die den A. und seine Forderung gegen die Gesellschaft nicht berühre und kein Rechtsverhältniß zwischen A. u. B. begründe. Das ObTr. bestätigte hier, weil in der festgestellten widerrechtlichen Erhebung neg. g. nicht enthalten, da nicht erhelle, daß durch die Erhebung der Vortheil des A. befördert oder Nachtheil von ihm abgewendet oder B. in dieser Absicht gehandelt. Ein Rechtssatz, daß dem Eigenthümer eine Forderung gegen denjenigen, der sie ohne Recht vom Schuldner eingezogen, ein Anspruch auf Ersatz zustehe, sei so allgemein nicht anzuerkennen. Derselbe Satz kehrt in dem unt. Nr. 211 b., Bd. 2 S. 265 mitgetheilten StrA. 85 S. 34 vor, wo es sich übrigens ebenso wie in dem Erk. c. Nr. 211 nicht um die Wirkung unbefugter Geschäftsführung, sondern um die des Rechtsgeschäfts handelte, mittels dessen die zur Erhebung der Forderung legitimirende Urkunde in die Hände des Erhebenden gelangt war, und um die Wirkung der Erhebung für dies Rechtsgeschäft. Aus demselben Grunde kommt der Gesichtspunkt der n. g. auch nicht in Betracht, sondern der der Rechtswirkung der Cession, wenn der Cedent die cedirte Forderung unbefugt vom deb. cessus erhebt, StrA. 48 S. 361; ObTr. 12 S. 238 unt. Nr. 212, Bd. 2 S. 271 u. unt. Nr. 212a., Bd. 2 S. 284 Nr. 243. Andere Fälle der Erhebung fremder Forderung werden behandelt in ObTr. 43 S. 187; OHG. 9 S. 166; RG. 7 S. 191; 10 S. 240. In ObTr. 43 S. 187 hatte der Ehemann A. zwei auf den Namen seiner Ehefrau lautende Seehandlungsobligationen der Frau B. gegeben, um den Betrag zu erheben, die B. den Betrag erhoben, unter dem Namen der Ehefrau A. quittirt, das Geld dem Ehemann A. übergeben. Nach dem Tode des A. klagte seine Wittwe, welche den Erlös der Obligationen von ihrem Manne nicht erhalten, gegen die B. auf Erstattung nebst Zinsen. Der 2. Richter wies ab, weil nach §§ 243, 244 II 1 die Frau sich an den Mann, ev. an den Schuldner halten müsse, was offenbar nicht zutraf, da die §§ 243, 244 a. a. O. lediglich das Verhältniß der Ehefrau zum Schuldner betreffen. Das ObTr. verurtheilte, indem es deduzirt, daß die §§ 228, 229 h. t. anwendbar und die Beklagte zum Ersatz verpflichtet, weil sie gewußt, daß Ehemann A. nicht berechtigt zur Erhebung (oder habe wissen müssen), sie sich unbefugt in die Geschäfte der Ehefrau A. gemischt und deshalb für den Nachtheil verantwortlich. In der That lag ein Fall der Geschäftsführung für die Frau A. im Auftrage des Ehemanns A. (Windscheid 2 § 431 unt. 2) vor. In

Also die äußerliche Thatsache, daß die geführten Geschäfte die eines Anderen sind, genügt für die direkte Klage, wenn der Andere selbige anstellen, d. h. hierdurch zugleich die Geschäftsführung genehmigen will. In dem Erk. StrA. 70 S. 346 wird, was zweifellos richtig ist, gesagt, aus der einfachen Thatsache des Empfanges von Geld, welches der Schuldner an eine andere Person zu zahlen habe, folge nicht ohne Weiteres die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen an den wahren Gläubiger, und es werden darin allein, daß der damalige Verklagte dem Kläger gebührende Zahlungen aus einer Kasse erhoben hatte, die Voraussetzungen der neg. g. nicht in der Weise angetroffen, daß der dem App.-Richter gemachte Vorwurf einer Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters des zur Beurtheilung gestellten Rechtsgeschäftes zu billigen wäre. Wenn aber, wie vorliegend geschehen sein soll, der Verklagte ausdrücklich im Namen und als angeblicher Bevollmächtigter der wahren Gläubigerin, gegenüber der Schuldnerin, aufgetreten, diese mithin der irrigen Meinung gewesen ist, an einen legitimirten Repräsentanten ihrer Gläubigerin zu zahlen, so unterscheidet sich das Sachverhältniß von dem a. a. O. erörterten Falle dergestalt, daß von einer Vergleichung beider abgesehen werden muß. Demnach ist, den Klageinhalt als richtig vorausgesetzt, zwischen dem Verklagten und der T. eine Angelegenheit der Klägerin behandelt und erledigt worden. Die lediglich eigennützige Absicht, welche dabei der Verklagte gehegt hat, steht der

---

OHG. 9 S. 166, 169 hatte A. die Lieferung von Sandsteinen für eine Eisenbahn übernommen und dem B., der das Geld hergab, seine Forderung an die Eisenbahn cedirt. Nach Eröffnung des Konkurses über A. bewirkte der Verwalter, daß ein Theil der Forderung an die Masse bezahlt wurde. Die Klage des B. gegen die Masse auf Erstattung drang durch. Das OLG. deduzirt, daß wer unberechtigt bewirkt, daß eine ihm nicht gehörige Forderung an ihn bezahlt wird, aus der n. g. haftet, B. deshalb Massegläubiger. In RG. 7 S. 191 (Hilfs-Senat) hatten A. u. B. Vertrag geschlossen, daß B. an die später verehel. C. bei deren Großjährigkeit 200 zu zahlen, bis dahin zu verzinsen, die Zinsen an den zu zahlen, der die C. alimentirt. D. hatte die Zinsen von B. unter der Behauptung, daß er die C. alimentirt, eingezogen. Als der Ehemann C. gegen D. auf Erstattung der Zinsen klagte, wurde er abgewiesen. Das RG. deduzirte: das Fundament der Bereicherung falle fort, weil sie Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers zu dessen Nachtheil voraussetzt, die nicht ohne Weiteres daraus folge, daß der Bekl. eine Forderung des Klägers ohne Rechtsgrund vom Schuldner eingezogen, da die Zahlung an D. den B. nicht liberirt, wenn D. nicht alimentirt. Unter welchen Umständen Bereicherung in solchem Falle anzunehmen, ist dahingestellt. Aus dem Gesichtspunkt der a. n. g. directa sei der Fall nicht zu beurtheilen, weil nicht behauptet, daß D. und der Schuldner die Angelegenheit der Ehefrau C. behandelt. Dies leuchtet hier insofern ein, als die Zinsforderung Forderung dessen, der alimentirt, und nicht erhellte, daß D. eine Forderung der verehel. C. eingezogen, da ihr die Zinsen auch nicht gebührten, wenn nicht D., sondern E. sie alimentirt. In RG. 10 S. 240 hatte A. ein Grundstück erstanden, nachdem das darauf stehende versicherte Gebäude abgebrannt, es wieder aufgebaut und die Versicherungssumme erhalten. Der ausgefallene Hypothekengläubiger B. klagte gegen A. auf Erstattung, weil ihm der Anspruch auf die Versicherungssumme zugestanden. Das RG. wies ab, indem es deduzirte, daß an sich zwischen dem wahren Gläubiger und dem, der rechtswidrig seine Forderung erhebt, ein Rechtsverhältniß nicht entstehe, weil seine Forderung unberührt bleibe, nur entstehn könne, wenn der Einkassirende für den Gläubiger aufzutreten beabsichtigt oder sich als Vertreter dem Schuldner gegenüber gerirt; dann sei er als n. g. verhaftet. — Zu bemerken ist zu diesen Entscheidungen: Darauf, daß durch die Zahlung an den Unberechtigten der Schuldner nicht befreit wird, kann nichts ankommen; das ist so auch da, wo der Unberechtigte als falsus procur. auftritt, in welchem Falle die neg. g. dir. unbeanstandet zugelassen wird. Die n. g. berührt regelmäßig überhaupt nicht das Rechtsverhältniß des dominus zu dem Dritten, mit dem der gestor sich einläßt, bleibt deshalb aber doch immer n. g. Ist für den Begr. der n. g. und die actio dir. nur entscheidend, daß objektiv fremdes Geschäft vorliegt, nicht die Absicht des gestor oder seine Meinung, bona oder mala fides, so macht die Erhebung objektiv fremder Forderung durch den Unberechtigten diesen dem wahren Gläubiger immer verantwortlich, mag der Schuldner durch die Zahlung liberirt sein oder nicht. (Ist die Liberation in Folge der besonderen Natur der Schuld durch die Zahlung an den Nichtberechtigten bewirkt, wie z. B. bei Zahlung auf Legitimations- oder In-

Zulässigkeit der angestrengten Klage nicht im Wege. Denn mit dem Prinzipe der oben mitgetheilten l. 6 § 3 befindet sich, wie auch in den Gründen des angezogenen PlBeschl. entwickelt wird, die landrechtliche Begriffsbestimmung der Geschäftsführung, namentlich in der Fassung der von der Implorantin als verletzt bezeichneten §§ 228, 229 I 13 ALR., im Einklange. Diese §§ erklären denjenigen, welcher sich in die Geschäfte eines Anderen mischt, dem Anderen bedingungslos für verantwortlich, und erst im weiteren Verlaufe des zweiten Abschn. Tit. 13, insbesondere in den §§ 234, 238, wo nicht die Klage des Geschäftsherrn, sondern die des Gerenten, in Frage steht, ist von der denselben leitenden Absicht die Rede. Der App=Richter, welcher in den Schriftsätzen der Klägerin die Behauptung, Verklagter habe im Interesse der Klägerin handeln wollen, vermißt und deshalb sagt: eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt nicht vor, weil der Verklagte nicht für die Klägerin gehandelt, sondern das Geld unbefugter Weise für sich eingezogen und verwendet haben soll, begeht nach den vorstehenden Erwägungen durch Nichtanwendung der zitirten §§ 228, 229 einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß.

---

haberpapiere der Fall sein kann, so ist mindestens die cond. s. c. sicher.) Bei der Erhebung fremder Forderung durch einen Dritten, der nicht wahrer Gläubiger und nicht im Namen desselben auftritt, liegt nur das Besondre vor, daß nach der Natur der Forderungsrechte die Forderung, welche A. gegen B. erhebt, eine andere ist, als die, welche C. gegen B. erhebt, auch wenn sie auf dasselbe Objekt aus gleicher causa geht. Die verschiedene Person des Gläubigers allein macht schon die Forderung zu einer verschiedenen und fremdes Geschäft liegt nicht vor, wenn man nur eignes führt. Deshalb genügt allerdings nie allein die Behauptung, daß A. eine Forderung von C. eingezogen, die dem B. gegen C. zusteht; hat C. die Forderung des A. bezahlen wollen, so kann A. sich allein dadurch dem B. nicht verantwortlich gemacht haben. Für die Klage aus der n. g. gegen den Einziehenden muß deshalb die Identität der Forderungen, die Nichtberechtigung des Einziehenden und daß der Schuldner die Forderung des Klägers hat bezahlen wollen, klar sein. So lag offenbar der obige Fall StrA. 34 S. 150, der Fall Erk. b. u. OHG. 9 S. 166; ObTr. 43 S. 187, nicht aber RG. 7 S. 191; 11 S. 240. In StrA. 70 S. 343 lag anscheinend Zahlung überhaupt nicht vor, sondern rechtswidrige Zueignung durch den B. aus der Kasse der Gesellschaft, aus der A. kein Recht hatte. Die Begründung ist aber nicht stichhaltig. Vgl. übrigens unt. Nr. 243 über die Anwendung der cond. s. c. auf diesen Fall.

Der Rechtssatz, daß der Begriff der n. g. nicht erfordert, daß der gestor die Absicht gehabt, die Geschäfte des dominus zu führen, ist auch vom OHG. in mehrfacher Anwendung ausgesprochen. So OHG. 12 S. 181, 189 (unbefugter Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent, Verpflichtung zur Rechnungslegung und Ausantwortung des Resultats) und 22 S. 338, 340, wo unter Bezugnahme auf die Erk. a. u. b. für gem. u. sächs. R. (l. 49 D. 3, 5. Sächs. Gesetzb. § 1342) für denjenigen, der fahrlässig unbefugt ein dramatisches Werk aufführt und so unberechtigt über fremdes Vermögen verfügt, die Verpflichtung zur Rechnungslegung über die Einnahmen hergeleitet ist.

Daß nicht entscheidend, ob der gestor zugleich im eignen Interesse handelt, ergiebt sich für das Preuß. R. aus § 258 h. t. Dasselbe gilt für das gem. R. Beispiele giebt OHG. 7 S. 356, 362 (gem. R.), wo A. dem B. Hölzer zur Besicht. u. ev. Kauf übersandt, B. sie versichert und als aus dem Kaufe nichts wurde, Erstattung der Versicherungsprämie forderte und erhielt, weil jeder Kaufmann solche Hölzer versichert und unerheblich, daß B. zugleich aus eignem Interesse versichert, OHG. 15 S. 236, 339 (Uebergabe eines Grundstücks des A. an B. zur Ziegelfabrikation, B. fabrizirt, A. hat nur die völlig guten und tadellosen Ziegel zu bezahlen, B. die Ziegel zur Abfuhr zu stellen, A. nimmt in Abwesenheit des B. selbst Ziegel aus dem Ofen, Verpflichtung des A. zu Rechenschaft und deshalb zum Beweise, daß und wieviel Steine in dem Ofen mangelhaft gewesen und nicht zu bezahlen), OHG. 15 S. 179, 181 (Cession einer Hypothek an den Wechselgläubiger nur zur Sicherheit, Cession durch den Gläubiger an einen Dritten gegen Valuta, Verpflichtung zur Rechenschaft und deshalb Abweisung der Wechselklage, weil die Wechselforderung nur soweit bestand, als sie nicht aus dem Erlöse der Hyp. gedeckt, der Gläubiger aus der Rechenschaftspflicht zum Beweise des Erlöses verpflichtet). Andere Beispiele bietet die Versicherung für eigne und (oder) fremde Rechnung (RG. 11 S. 218 gem. R.) und die Fälle OHG. 17 S. 66, 69; RG. 8 S. 169. In jenem Falle hatte A. sein Grundstück gegen Feuersgefahr versichert. Nach dem Inhalt der Statuten und

In der Sache selbst kann nicht entschieden werden, weil es der Beweisaufnahme über den Eingangs unterstellten, vom Verklagten bestrittenen Sachverhalt und der Erörterung der beiderseitigen Sachlegitimation bedarf, auch die Prüfung der Frage, ob auf die eventuellen Kompensanda, nach Maßgabe der Klagebeantwortung, einzugehen ist, dem Instanzrichter überlassen werden muß. Wird jener Sachverhalt dargethan und der Legitimationspunkt berichtigt, so ist die Verbindlichkeit des Verklagten zur Herausgabe der eingezogenen Summe eine selbstverständliche Folge des Wesens der negotiorum gestio, sie ergiebt sich auch aus der dem Geschäftsführer im § 256 l. c. auferlegten Pflicht, genaue Rechenschaft abzustatten, welche nur die Klarstellung des zu realisirenden Saldo's bezweckt. Darum ist es nicht erforderlich, auf die Behauptung der Klägerin, schon vor Beginn des Prozesses die Geschäftsführung genehmigt zu haben, zu rücksichtigen und sodann mit der Implorantin auf die §§ 61 ff. I 13 ALR. zurückzugreifen, und zwar um so weniger, als die Genehmigung durch die Anstellung der Klage deutlich ausgedrückt sein würde.

---

der Police wurde die Entschädigung nur zum Aufbau und nach dessen Sicherung, wenn Hypotheken vorhanden, gezahlt, für den Fall aber, daß der Anspruch auf die Entschädigung durch Schuld des Versicherten verloren gehen sollte, zur Befriedigung der Hypothekengläubiger verwendet. Als A. das versicherte Haus in Brand gesteckt, klagte ein Hypothekengläubiger auf Zahlung. Das OHG. hat mit dem 2. Richter n. g. für die Hypothekengläubiger durch den Grundstücksbesitzer angenommen, nicht Vertrag zum Vortheil eines Dritten, I 5 §§ 74 ff., auf welchen Unterschied bereits unt. Nr. 79, Bd. 1 S. 304 hingewiesen, und der praktisch dadurch bedeutsam, daß bei der neg. g. der dominus durch den neg. gestor vertreten wird, als Kontrahent gedacht ist und unmittelbar Rechte als Kontrahent erwirbt, wenn er genehmigt, Nr. 242a., die Genehmigung sein Recht ist, während bei den Vertr. zum Vortheil eines Dritten der Dritte ohne Genehmigung beider Kontrahenten oder doch dessen, der zu seinen Gunsten stipulirt, nicht berechtigt ist. Ebenso ist im zweiten Falle vom RG. in einem gemeinrechtl. Falle n. g. angenommen. Statutenmäßig war bestimmt, daß die Brandentschädigungssumme, wenn der Anspruch durch Schuld des Besitzers verloren gehe, zur Befriedigung der Hypothekengläubiger zu verwenden. Der Anspruch des Versicherten aus dem Brandfall war durch Verjährung erloschen. Die Klage der Hypothekengläubiger drang durch, was nicht möglich war, wenn sie nicht ein selbstständiges, von dem des Versicherten unabhängiges Recht hatten; ein durch Verjährung erloschenes Recht hätte durch Genehmigung des Dritten nicht aufleben können.

In OHG. 23 S. 336 ist ein andres Beispiel zu § 258 h. t. A. acceptirte einen Wechsel, paktirte aber mit dem Aussteller und ersten Indossanten und dessen Indossatar B., daß er aus dem Wechsel nicht in Anspruch genommen werden dürfe. Als B. an C. weiter indossirte, wurde zwischen Beiden wiederum stipulirt, daß A. nicht in Anspruch genommen werden dürfe. Auf Grund dieser Abrede ist die Klage des C. gegen A. abgewiesen. Das OHG. führt aus, daß B. im eignen Interesse paktirt, weil er verantwortlich, wenn A. aus dem W. belangt, zugleich aber im Interesse des A., damit dieser nicht in Anspruch genommen werde, darin n. g. liege, die A. durch Erhebung der Einrede genehmige.

Ein Beispiel zu § 259 h. t. bietet der Fall des Spiels eines Lotterieloofes durch mehrere Genossen, von denen einer die Beiträge für sich und die Mitgenossen entrichtet. Vgl. bei I 17 §§ 169 ff.; ObTr. 2 S. 133; StrA. 2 S. 247 u. a.

Die Frage, ob antizipirte n. g. auch für eine zukünftige, physische oder juristische Person möglich, ist in der Preuß. Praxis nicht behandelt. Vgl. darüber OHG. 20 S. 208, 214, wo es sich um das jetzt durch die Art. 175b., 209b., c., g., h., d., 210, 213a. ff. HGB. (Fassung des Ges. v. 18. Juli 1884) geregelte Verhältniß des Gründungskomitees zur Aktiengesellschaft und die Verhaftung der letztren für Gründungskosten bez. des erstren für die von ihm aus den Einzahlungen entnommenen Beträge für Diäten und Reisekosten handelte.

Nr. 242a. §§ 228—261; I 14 §§ 166, 167. Geschäftsführung ohne Auftrag. negotiorum gestio. Die Wirkung. Die Ansprüche aus derselben. actio negot. gest. directa u. contraria. (Genehmigung. Unterschied der n. g. und der Verträge zum Vortheil Dritter. Besitz- und Eigenthumserwerb). *)

a. Erk. v. 12. Okt. 1865; StrA. 61 S. 96.

b. Erk. v. 10. Sept. 1861; ObTr. 46 S. 102 (StrA. 43 S. 35).

Im Falle a. hatte A. für B. vertragsmässig die Ausführung von Bohrarbeiten übernommen, zu denen B. die vollständigen Bohrapparate zu liefern hatte. Als die gelieferten Apparate sich als unvollständig erwiesen, beschaffte A. die fehlenden Stücke und verlangte für den Gebrauch eine bestimmte Vergütung nach dem Gutachten eines Sachverständigen. Das ObTr. hat mit dem 2. Richter verurtheilt. — Im Falle b. hatten die Kläger von A. als angeblichem Agenten des B. Auftrag auf Ankauf von Weizen und demnächst auf Verkauf desselben erhalten, ausgeführt, dem B. davon Nachricht gegeben und von B. brieflich Bestätigung des Kaufs und Vollmacht erhalten. Als sie die Differenz der Ankaufs- und Verkaufssumme als ihre Auslage von B. einklagten, bestritt B. den Auftrag an A. und wollte den Brief nicht gelten lassen, weil er Analfabet. B. ist in allen Instanzen verurtheilt.

Gründe: a. Die Entschädigung, welche der neg. gestor für den Aufwand zu dem besorgten Geschäft in Anspruch nehmen darf, hat auf der einen Seite ihre Grenze in dem Vortheil, der dem Geschäftsherrn durch die Besorgung verschafft ist, auf der anderen Seite aber in dem Nachtheil, der aus der Verwendung dem Besorger erwächst, so daß der Geschäftsherr nie mehr erhält, als ihm Vortheil bereitet ist, und sofern dieser Vortheil noch über den Nachtheil, den der Besorger erlitten, hinausgeht, diesem doch nur soviel zu vergüten braucht, als der Nachtheil sich beläuft. Diese in den §§ 230, 231 I 13, für das Mandat auch in den §§ 65 ff. I 13 ALR. enthaltenen Grundsätze hervorhebend, behauptet Implorant, eine Mißachtung derselben darin zu erblicken, daß eine bestimmte *angemessene* Vergütung dem Kläger nach einem Durchschnittsquantum der Angaben der Sachverständigen zugebilligt sei.

Der Vorwurf der Verletzung der allegirten §§, welcher sich an diese Behauptung knüpft, muß jedoch als verfehlt bezeichnet werden. Der App.-Richter hat, wo er in seiner Beurtheilung die Anwendbarkeit der gedachten Gesetzesstellen nachweist, auch die gedachten Grundsätze, als in ihnen enthalten, erwähnt. Es ist damit angedeutet, daß diese zur Anwendung gebracht werden müssen, und am Schluß der Beurtheilung ist deutlich ausgesprochen, daß dieselben zur Anwendung gebracht seien. Daraus ergiebt sich dann weiter, daß der App.-Richter bei Zusammenstellung und Festsetzung des Maßes der Vergütung diesen Grundsätzen hat gerecht werden wollen. Er spricht dieses auch geradezu aus, indem er die von dem Kläger auf ein weit höheres Quantum erhobene Forderung, welche die Ausgleichung für den Nachtheil, den der Gebrauch und Verbrauch der Geräthschaften für Kläger gehabt, herbeiführen sollte, um mehr als die Hälfte herabsetzte und dabei erwähnte, daß diese Summe als der dem Verklagten beschaffte Vortheil anzusehen sei. Daß, abgesehen von diesen Grundsätzen, dem Kläger in abstracto eine angemessene Vergütung habe zugesprochen werden sollen, ist vom App.-Richter nirgends ausgesprochen, nicht einmal das Wort „angemessene Vergütung“ ist in diesem Sinne gebraucht; vielmehr zeigt die Auf-

*) Vgl. die Litteratur unt. Nr. 242. — Die Wirkungen der n. g., die Rechtsverhältnisse aus ihr haben verschiedene Voraussetzungen und gestalten sich verschieden, je nachdem es sich um den dom., den gestor oder Dritte handelt, und je nach dem Inhalt der Geschäftsführung, der Natur des geführten Geschäfts selbst, welches nicht nothwendig eine Rechtsbeziehung zu Dritten fordert.

werfung der letzten Frage unter 3, daß die Vergütung, welche nach den §§ 231, 65 I 13 angemessen sein werde, Gegenstand der Ermittelung sein solle.

Wie dieser erste Vorwurf ist ferner die Rüge, daß der § 65 a. a. O. durch unpassende Anwendung verletzt sei, weil in Beziehung auf die beschafften und benutzten Apparate ein Mandat nicht vorliege, nicht zutreffend. Denn der App.-Richter hat nicht festgestellt und angenommen, daß ein solches Mandat vom Verklagten ertheilt sei. Er hat den § 65 a. a. O. augenscheinlich nur unterstützungsweise angeführt in einem Falle, wo in Ansehung der Vergütung die Geschäftsbesorgung mit Auftrag und die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag sich gleichstehen.

---

1. Die act. neg. directa. Unter Nr. 242 ist hervorgehoben, daß das ALR. wie das gem. R. davon ausgeht, daß die unbefugte Einmischung in fremde Geschäfte einen Eingriff in fremdes Recht enthält. Aus demselben gewinnt zunächst nur der dominus (Eigenthümer, § 235 h. t.) Rechte, der gestor nur Pflichten, und für das Recht des dom. aus der n. g. ist lediglich die Thatsache entscheidend, daß der gestor objektiv über fremdes Vermögen verfügt hat, nicht die Absicht, die bona oder mala fides des gestor, l. 6 § 3, l. 5 § 5, l. 49 (50) D. 3, 5. Vgl. Erk. a. u. b. Nr. 242. Der dom. kann die neg. g. ignoriren, wenn sie nicht direkt in sein Vermögen eingreift. Nur in §§ 126 ff. h. t. bei der vermutheten Vollmacht, bei der es sich auch nur um n. g. handelt, und im Falle der §§ 247 ff. h. t., wenn der dom. von der neg. g. vor der Vollendung Kenntniß erhält, ist er zu einer Erklärung verpflichtet. Hat die Handlung des gestor schädigend auf das Vermögen des dom. eingewirkt, so hat die act. dir. die Natur der reinen Schadensersatzklage mit verschiedenem Umfange nach dem Grade des Versehns, die als solche der dreijährigen Verjährung des § 54 I 6, Ges. v. 31. März 1838 unterliegt, §§ 229, 252, 253, 254 h. t., §§ 33, 34 I 3, §§ 10 ff. I 6, §§ 237, 245, 249 h. t., Nr. 133, Bd. 1 S. 615; ObTr. 13 S. 503; Erk. b. Nr. 46, Bd. 1 S. 171. Dahin gehört auch der Fall der §§ 242—244: Wiederherstellung des frühern Zustands als Theil des Schadensersatzes. Vgl. unt. 2. Enthält die n. g. eine Befassung mit dem Vermögen des dom., so geht die act. dir. auf Rechenschaft, § 256 h. t., und Herausgabe dessen, was der gestor vom Vermögen des dom in Händen hat, PlPräj. 2729; OHG. 12 S. 181; 22 S. 338; 15 S. 236 S. 179; ObTr. 43 S. 187 unt. Nr. 242. Der Irrthum und die bona fides des gestor, der die fremde Sache für die eigne hält, beschränkt die art. n. g. dir. hier aber vielfach auf die Bereicherung, so daß dieselbe die Natur der cond. s. c. hat, sogar jeder Anspruch fortfallen kann. Vgl. I 15 §§ 24 ff., 28—32 u. unt. Nr. 243 RG. 13 S. 173, 184 für gem. R. Ges. v. 11. Juni 1870 § 18 Abs. 2, § 55 Abs. 4. Wo die n. g. in einem Rechtsgeschäft des gestor mit einem Dritten enthalten, tritt der dom. zu diesem Dritten zunächst in kein Rechtsverhältniß, welches ihn verpflichtet, zweifellos dann nicht, wenn der gestor im eignen Namen gehandelt hat, mit dem gestor insofern, als dieser ihm verpflichtet, und er aus dem Geschäft berechtigt wird, wenn er berechtigt sein will. Der dom. kann jeden Augenblick das Geschäft als das für ihn geführte gelten lassen, indem er es genehmigt. Daß dies Recht, das Geschäft als eignes gelten zu lassen, jedenfalls da, wo der gestor im Namen des dom. gehandelt, von der Zustimmung des gestor und des Dritten unabhängig ist, und daß die Genehmigungserklärung des dom. keiner Form bedarf, durch Handlungen geschehn kann dem gestor oder dem Dritten gegenüber, um ihn zu berechtigen, ist nicht streitig. Es folgt dies daraus, daß die n. g. durch Geschäftsabschluß mit dem Dritten kein Vertrag in fav. tertii (des dominus) im Sinne der §§ 74 ff. I 5, da bei letztrem derjenige, der zu Gunsten eines Dritten kontrahirt, der eigentliche Kontrahent, der Berechtigte, aus dessen Vertragsrecht, nicht aus eignem Kontrahiren, im Sinne des ALR. das des Dritten erst resultirt, während bei dem Vertragsschluß durch den neg. gestor für den dominus der dom. nach der Intention des gestor und des Dritten der Kontrahent sein soll, nicht der gestor. Auf diesen Unterschied der n. g. u. der pacta in f. tertii verweisen Erk. a. Nr. 81, Bd. I S. 318 und namentlich OHG. 10 S. 268; 13 S. 1, 16, 45; 15 S. 257, 260, 261; 17 S. 66, 69 unt. Nr. 242. Vgl. auch unt. Nr. 79, Bd. 1 S. 304. Soll der dom. Kontrahent sein, wenn er genehmigt, so folgt, daß er Kontrahent ist, wenn er genehmigt, daß er nicht Mitkontrahent ist, daß seine Genehmigung nicht die Bedeutung der Ratihabition eines von Andren geschlossenen, an sich ungültigen Vertrages hat, daß deshalb auch nicht die Form des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts erforderlich sein kann, OHG. 15 S. 257, 260, vgl. ObTr. 19 S. 29, Erk. d. Nr. 237 u. StrA. 82 S. 42 das., und daß das genehmigte Geschäft von Anfang an als Geschäft des dom. gilt, d. h. daß die Genehmigung rückwirkende Kraft hat, die Sache so anzusehn ist, als ob der gestor als Bevollmäch-

Gründe: b. Der erste Angriff gegen die Entscheidung des App.-Richters ist nicht begründet. Der Letztere hat es dahin gestellt gelassen, ob die Kläger von den Verklagten direkt oder indirekt mit den Weizen-An- und Verkäufen beauftragt worden; er achtet den Verklagten selbst in Ermangelung jedes Auftrages an die Kläger zur Erstattung ihrer Auslagen für verpflichtet, weil er die für ihn effektuirten An- und Verkäufe brieflich genehmigt habe, und diese Briefe als mündliche Genehmigungen anzusehen seien.

Handelten die Kläger für den Verklagten ohne Vollmacht, so konnten sie natürlich nicht „gegen die Vorschrift des Machtgebers" verfahren, ein Mandat nicht

---

tigter gehandelt hat, OHG. 10 S. 267; 15 S. 46, 47, der den dominus nach §§ 10, 142 ff. h. t. berechtigt, auch wenn keine schriftl. Vollmacht ertheilt, Nr. 237. Damit hängt zusammen, daß Besitz- und Eigenthumserwerb für den dom. aus der Handlung des gestor zwar nicht sofort durch die Handlung wie bei dem im Namen des Machtgebers handelnden Bevollmächtigten, Erk. a. Nr. 239a., eintritt, sondern erst mit der Genehmigung, mit dieser aber auch rückwärts Besitz und Eigenthum als erworben gilt mit dem Moment der Erwerbshandlung, ObTr. 50 S. 44 (StrA. 49 S. 359); Erk. b. Nr. 140, Bd. 1 S. 672 u. OHG. 2 S. 301 das. S. 675.

Wird der dom. durch das Kontrahiren des gestor als Kontrahent berechtigt, wenn er genehmigt, und ist seine Genehmigung von der Zustimmung des gestor und des Dritten unabhängig, so kann ihm sein Recht aus dem Vertrage durch einseitiges, willkürliches Verhalten des gestor und des Dritten nicht verkürzt werden, es ist ein Recht, welches selbst vererblich, wie die act. dir. überhaupt, l. 11 D. 3, 5. So RG. 11 S. 218 für gem. R. in einem Falle, wo der A. dem B. Waaren auf Lager gegeben, B. den Inhalt seiner Lagerhäuser auf Höhe einer bestimmten Summe für eigne und (oder) fremde Rechnung versichert und nach dem Abbrennen der Lagerhäuser die Versicherungssumme u. A. auch auf die von A. empfangenen Waaren unter der Bedingung der Rückerstattung des Werths derjenigen Waaren, für welche B. dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig, erhalten. Als A. gegen B. auf Zahlung des auf seine Waaren fallenden Betrags und Rechnungslegung zu diesem Behufe ex n. g., klagte, und B. sich auf die Bedingung berief, unter der er die Versicherungssumme empfangen, führte das RG. aus, daß n. g. anzunehmen und daß, wo solche vorhanden, der Dritte wie der gestor dem Drittinteressenten gebunden, so daß nachdem der Brandfall eingetreten, weder B. noch die Versicherungsgesellschaft von dem Versicherungsvertrage zurückzutreten befugt, und nachdem A. die Geschäftsführung genehmigt (durch Klageanstellung), sein Anspruch auf die Entschädigung unter Abzug der Prämie begründet. Selbst bei von ihm verbotener Geschäftsführung kann der dom. nachträglich genehmigen und die act. dir. anstellen, da diese auf der Geschäftsführung beruht. Das Verbot ist nur zu beachten, weil daraus unter Umständen wie in dem vorstehenden Falle geschlossen werden kann, daß keine n. g. vorliegt, sondern nur Versicherung eignen Interesses.

Die Klage aus der genehmigten Geschäftsführung nimmt deshalb auch die Natur der actio mandati an, hat denselben Inhalt und dasselbe Ziel. Sie geht auf die Herausgabe des Ergebnisses der n. g., auf die Prästation der dilig., wobei auch § 257 h. t. in Betracht kommen kann, l. 6 § 12; l. 21 § 2; l. 31 § 2 D. 3, 5. Ein Beispiel der act. dir. mit dem Ziel auf Herausgabe des durch die n. g. in den Händen des gestor Befindlichen giebt Erk. a. Nr. 242 (Herausgabe der Prämienquittungen) und auch Erk. b. das.

Ueber die Verpflichtung des dom. durch die Genehmigung der n. g. vgl. unt. 2 bei der act. n. g. contr.

Mehrere n. gestores haften der act. dir. gegenüber solidarisch. Vgl. OHG. 20 S. 114, § 201 h t., § 424 I 5.

2. Die actio neg. g. contraria des gestor gegen den dominus (Eigenthümer, § 235 h. t.) setzt, abweichend von der act. dir., nach den §§ 234 ff., 238, 241 ff. h. t., wie im gem. R., die Absicht des gestor voraus, das Geschäft des dominus und dessen Interesse für ihn zu führen, wenn es auch weder schadet, daß er sich über die Person des dom. geirrt, § 261 h. t., noch, daß er neben dem des dom. auch eignes Interesse verfolgt hat, § 258 h. t. Nr. 242. Auf diesen Unterschied zwischen der a. dir. u. contr. weisen unter Bezug auf das gem. R. die Erk. a. u. b. Nr. 242 ausdrücklich hin. Wo diese Absicht nicht vorliegt, hat nur ein Anspruch aus der Bereicherung statt. Hier berühren sich n. g. u. v. in rem. Dasselbe gilt nach §§ 230, 249—251 da, wo die n. g. gegen Verbot erfolgt. Vgl. OHG. 20 S. 54; 16 S. 327 für gem. R., l. 5 § 6 D. 3, 5. Ueber die praktische

überschreiten. Dies hat der App.-Richter nicht verkannt; aber er hat das in den §§ 142 ff. ausgesprochene Prinzip um deswillen auf die Kläger für anwendbar erklärt, weil derjenige, welcher ohne Auftrag die Geschäfte eines anderen geführt, und derjenige, welcher gegen die Vorschrift des Machtgebers gehandelt hat, betreffs der Genehmigung des Geschäftsherrn (dominus negotii) wesentlich einander gleichständen. Hierin ist dem App.-Richter beizustimmen. Die Handlungen Beider liegen außerhalb eines Mandats, sind also im Grunde beide als negotiorum gestio aufzufassen (vergl. PlBeschl. ObTr. v. 22. April 1850);*) folglich ist es gerechtfertigt, die für den einen Fall gegebenen gesetzlichen Bestimmungen auf den andern anzuwenden, falls nicht positive Vorschriften entgegenstehen. Nun werden Handlungen, welche ein Mandatar zwar in gesetzlicher Form, aber gegen die Vorschrift des Machtgebers vollzogen hat, für diesen durch mündliche oder stillschweigende Geneh-

*) Erk. d. Nr. 237.

Bedeutung dieses Satzes für den Fall der Bezahlung fremder Schuld (wissentliche, unwissentliche, irrthümliche) vgl. zu I 16 §§ 40 ff., 43 ff.

Außer dieser Absicht erfordert die act. contr. aber wie im gem. R. als Klage aus einem Obligationsverhältniß die Absicht des gestor, den dom. zu verpflichten, den animus gerendi oder recipiendi, l. 34 D. 3, 5; l. 50 D. 10, 2; l. 1 § 11 C. 2, 19.

Jene Absicht wird beseitigt durch die Absicht zu schenken; die Vermuthung spricht auch hier gegen die Absicht zu schenken, § 1040 I 11, und der an. oblig., recip. ist bei bewußter Besorgung fremder Angelegenheiten ohne Weiteres anzunehmen, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehn. Insofern wirken die §§ 1041 ff. I 11 auch hier ein, soweit es sich um Gegebenes handelt, nicht um Zahlungen, auf welche, wie unt. Nr. 221, Bd. 2 S. 387 hervorgehoben, die §§ 1041 ff. nicht anwendbar. Vgl. namentlich Erk. b. Nr. 221 u. S. 392, 393 das. einen Fall, wo auch gemäß § 1042 I 11 der an. rec. ausgeschlossen sein würde, behandelt RG. 10 S. 117, 118 für gem. R. Der Kurator des abwesenden A. klagte gegen A. sen. auf Zahlung, wogegen dieser einen Betrag zur Kompensation stellte mit der Behauptung, daß er denselben für Alimentirung der Frau und Kinder des A. verlegt. Hier würde in der Alimentirung an sich ein neg. g. für den abwesenden A. habe liegen können, wenn nicht l. 1 § 11 C. 2, 19 wie § 1042 I 11 gegen den an. recip. präsumirte.

Dazu muß aber treten, daß die n. g. den dominus verpflichtet. Nach ALR. verpflichtet sie ihn in verschiedenem Umfange: a. wenn das Geschäft zur Abwendung eines vernünftiger- und wahrscheinlicherweise bevorstehenden Schadens besorgt wird, §§ 234—237, auf Höhe des nützlichen Aufwandes. Das Gesetz ersetzt hier die Genehmigung und berechtigt den n. gestor wie einen Bevollmächtigten in den §§ 65 ff. (82), selbst wenn der Aufwand den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt hat, § 236 h. t. Die n. g. ist hier, wie im gem. R., wegen der suspicio necessitatis, l. 3 § 10 D. 3, 5, keine unbefugte Einmischung, weil u. insoweit anzunehmen, daß der dom. verständigerweise dasselbe hätte thun müssen und gethan hätte. Dies ist konkret zu prüfen. Im Falle, daß die Ersatzpflicht begründet, wird auch § 72 h. t. anzuwenden, zu dem Aufwand auch Aufwand an Mühe und Zeit, wie sie bezahlt zu werden pflegt, zu rechnen sein. Vgl. ObTr. 36 S. 312 unt. Nr. 242. b. Wenn das Geschäft nur um den Vortheil des dom. zu befördern, besorgt, vorausgesetzt, daß der Vortheil wirklich befördert, utiliter gestum, und auf Höhe des Schadens und der Kosten des gestor, soweit derselbe den Vortheil des dom. nicht übersteigt und nicht durch den Vortheil des gestor aus der n. g. selbst ausgeglichen wird, und soweit nicht die §§ 242—244 eintreten, §§ 241, 254, 255. Hier berührt sich die act. n. g. c. mit der actio de i. r. verso und der cond. sine causa. Vgl. unt. 3. c. Wenn der dom. die Geschäftsbesorgung vor oder während der Besorgung weiß und nicht widerspricht in demselben Umfange wie zu b. d. Im Falle der Genehmigung des geführten Geschäfts oder der Geschäftsführung in demselben Umfange wie ein Machtgeber. Die Fälle a.—c. sind von dem zu d. nicht blos im Umfange der Haftung, sondern namentlich auch darin verschieden, daß nur im Falle d. eine Rechtsbeziehung zum Dritten eintreten kann.

Ein Beispiel zu b., das aber auch unter a. fallen kann, giebt das Erk. a. Unter a. kann der Fall gehören, wo der Inhaber einer fremden Sache, z. B. von Vieh, dasselbe behufs Erhaltung für den Eigenthümer füttert, und ein Vertragsverhältniß zwischen ihm und dem Eigenthümer fehlt, § 137 I 7. (Vgl. § 259 I 11; HGB. Art. 348 u. unt. Nr. 244.) In

migung verpflichtend, §§ 142, 143 I 13 ALR. Zwar gilt diese Regel zunächst nur von der Verpflichtung des Machtgebers dem Dritten gegenüber, aber von selbst versteht sich, daß diese Form der Ratihabition auch gegen den Mandatar bindend wirkt. Denn ein mit Ueberschreitung der Vollmacht ausgeführtes, aber mündlich vom Machtgeber genehmigtes Geschäft kann für diesen nicht zugleich in Ansehung des Dritten berechtigend wie verpflichtend sein und in Ansehung des Mandatars der Wirkung eines gehörig vollzogenen Mandats entbehren. Reicht die mündliche oder stillschweigende Genehmigung aus, den Machtgeber als alleinigen Kontrahenten gegen den Dritten zu obligiren, so folgt, daß sie genügen muß, um den Mandatar zu berechtigen, vom Machtgeber Exnexuation und Erstattung seiner Aufwendungen zu fordern.

Dasselbe muß also für den negotiorum gestor gelten, dessen Geschäftsführung der Geschäftsherr stillschweigend oder mündlich genehmigt hat. Der § 239 I 13 ALR. steht dem nicht entgegen, er bestimmt: Erfolgt die Genehmigung ausdrücklich und ohne Einschränkung, so entstehen die Rechte und Pflichten wie zwischen einem

---

solchem Falle ist zur Begründung des Anspruchs die Angabe des Werths der Viehstücke nicht erforderlich, StrA. 74 S. 168, §§ 234, 235, 268, 270 h. t., obwohl das Mißverhältniß zwischen den Kosten und dem Werth konkret zu Zweifeln über die Nützlichkeit des Aufwands führen kann. Unter c. kann der Fall OHG. 2 S. 301 unt. Nr. 140, Bd. 1 S. 675 (vgl. unt. Nr. 239 u. oben), im Fall der Versicherung gegen Feuersgefahr, OHG. 7 S. 356, 362 (oben S. 624), der Fall des Verkaufs der Sache durch den zur Disposition stellenden Käufer ohne Beobachtung der Art. 348, 443 HGB. fallen, wenn die Gefahr der Verringerung, Beschädigung, des Untergangs der Sache oder ihres Werths vorliegt, OHG. 12 S. 131 (oben S. 618, 619), unter Umständen auch der Fall OHG. 6 S. 361 (oben S. 618), wo der Verkäufer für die Abnahme des gekauften Spiritus die vom Käufer zu liefernden Fässer behufs der Auffüllung selbst geliefert hatte und dafür Entschädigung forderte. In diesem Falle ist ihm die Entschädigung aber schließlich abgesprochen, weil er die Nichtabnahme selbst verschuldet, zu Unrecht verkauft und so dem Käufer, dominus, den Vortheil, den er ihm durch die n. g. zugewendet, selbst wieder entzogen hatte, § 236 h. t. (Verlust durch Schuld des Besorgers.) Hier fehlte in Wirklichkeit das utiliter gestum, ebenso wie z. B. bei Bezahlung fremder Schuld, — vgl. zu I 16 §§ 42 ff., — wenn die Bezahlung nicht im Interesse des deb. liegt (l. 42 D. 3, 5; OHG. 16 S. 327); wenn sie verjährt ist, wenn der Wechselanspruch des Inhabers gegen den Honoraten, für den der gestor als Ehrenzahler eingetreten ist, präjudizirt war, OHG. 24 S. 126, oder wenn sie der deb. selbst nachträglich unwissentlich zahlt, StrA. 2 S. 342 unt. Nr. 243 (condictio sine causa des n. gestor gegen den Gläubiger), wenn andere Umstände vorliegen, welche das utiliter gestum beseitigen, wie z. B. in OHG. 20 S. 187, wo der Spediteur ohne Auftrag des Destinatars der vom Auslande verladenen Waare Dockkosten verlegt hatte, welche der Schiffer der ihm ertheilten Anweisung gemäß forderte, obwohl der Destinatar sie nicht zu bezahlen hatte. In diesem Falle konnte der Umstand allein, daß der Schiffer die Waare ohne Verlegung der Kosten nicht ausgehändigt hätte, nicht entscheiden, weil der zur Tragung nicht verpflichtete Destinatar sie möglicherweise dem Verlangen der Kosten gegenüber nicht angenommen hätte. Daß eine falsche Auffassung, ein Irrthum des gestor über das, was nothwendig oder nützlich, das inutile nicht zum utile machen kann, l. 10 § 1 D. 3, 5; OHG. 20 S. 54; 24 S. 126, daß der Standpunkt des dom. und seine subjektiven Verhältnisse zu berücksichtigen, versteht sich für das Preuß. R. von selbst.

Zu d. Darauf bezieht sich Erk. b., durch welches in gleicher Weise wie bei dem mündlichen Mandat und Ueberschreitung des formgültigen Mandats die Verpflichtung des dom. durch die n. g. bei auch nur mündlicher Genehmigung des ausgeführten Geschäfts statuirt wird. Damit stimmt das PlPräj. ObTr. 19 S. 29, Erk. d. Nr. 237; StrA. 51 S. 13, 21, 22; OHG. 12 S. 12; 13 S. 1, 3, 18 und die oben unter 1. angeführten Urtheile betr. die Wirkung der Genehmigung für den dominus. Der Unterschied, den das Erk. b. zwischen der Genehmigung des ausgeführten Geschäfts und der Genehmigung der noch laufenden Geschäftsführung macht, wird durch den Standpunkt des LR. bezüglich des Erfordernisses der Schrift für die Verpflichtung des Machtgebers aus der Vollmacht gerechtfertigt. Denn die Genehmigung laufender n. g. ist nichts als Vollmachtsertheilung, die in diesem Falle anders zu behandeln, als wenn sie von Anfang an ertheilt, durch nichts gerechtfertigt sein würde, während es ebenso ungerechtfertigt sein würde, den dom. aus der mündl. Genehmigung des unter Ueberschreitung der Vollmacht (also in Wahrheit ohne

Machtgeber und Bevollmächtigten. Abweichend von dem § 143 a. a. O. fordert dieser § allerdings eine ausdrückliche Genehmigung; allein er ist, wie Kläger richtig hervorheben, mit den §§ 142, 143 dahin zu vereinigen: die nachträgliche, auch nur stillschweigende Genehmigung einer schon vollendeten negotiorum gestio verpflichtet den Geschäftsherrn zur Entlastung des Geschäftsführers; die Genehmigung einer noch nicht vollendeten, vielmehr noch laufenden negotiorum gestio aber muß, um den Geschäftsherrn als Mandanten zu verpflichten, weil in die Zukunft wirkend, ausdrücklich resp. schriftlich erklärt werden, § 133 I 5 ALR. Etwas Anderes als dieser letzte Satz ist in der Entscheidung des ObTr. v. 30. März 1849*) nicht ausgesprochen. Die verschiedene Behandlung beider Fälle

*) ObTr. 18 S. 207 unt. Nr. 83, Bd. 1 S. 329.

Vollm.) ausgeführten Geschäfts haften zu lassen, nicht aber aus der formlosen Genehmigung eines ohne Vollm. geführten Geschäfts.

Die Genehmigung des ausgeführten Geschäfts wirkt, daß der dom. dem gestor und dem Dritten wie ein Machtgeber haftet, OHG. 13 S. 1, 3, 18, 44; auch wenn an sich Spezialvollmacht erforderlich gewesen wäre. Die Wirkung erstreckt sich auf die Zeit der Handlung des n. gestor zurück. Auch hier ist es gleich, ob die Genehmigung dem gestor oder dem Dritten gegenüber erklärt wird, OHG. 15 S. 25; PlPräj. Erk. d. Nr. 237; StrA. 24 S. 125; 51 S. 12 das. Diese Wirkung setzt natürlich voraus, daß der dom. weiß, was oder doch worüber verhandelt ist, OHG. 15 S. 46, 47. Unter diesen Umständen stehn Handlungen als stillschweigende Erklärung, §§ 58, 59 I 4, der ausdrücklich erklärten formlosen Genehmigung gleich, und soweit die Aneignung des Vortheils aus dem Geschäft die Genehmigung erkennen läßt, steht sie nach dem Prinzip des § 144 h. t. der Genehmigung gleich. Die §§ 241—244 erhalten durch die Verbindung mit § 144 h. t. ebenso wie § 239 h. t. durch die Verbindung mit §§ 142, 143 h. t. ihre richtige Bedeutung. Vgl. StrA. 39 S. 310 unt. Nr. 237. Andere Beispiele von Genehmigung durch Handlungen geben ObTr. 13 S. 28; OHG. 12 S. 12; 20 S. 187. Im erstren Falle hatte der Ehemann das Grundstück der Ehefrau ohne Vollmacht vertauscht, die Ehefrau nachher Vollmacht zum Verkauf des eingetauschten Grundstücks gegeben, dessen Besitztitel für sie berichtigt. In OHG. 12 S. 12 hatte A. ohne Vollm. für B. mit C. Vertrag über Lieferung von Kohlen auf 1 Jahr in Wochenlieferungen geschlossen, B. eine Reihe von Wochen geliefert, dann die Lieferung eingestellt. Der Anspruch des C. auf die Differenz ist durchgedrungen. Der Fall OHG. 20 S. 187 ist oben bereits mitgetheilt. Der Anspruch auf Erstattung der Dockkosten drang schließlich doch durch, weil der Destinatar die ihm von dem Spediteur übersandte Waare angenommen hatte, obwohl er wußte, daß die Dockkosten verlegt waren, worin Genehmigung gefunden wurde.

Die act. contr. aus dem genehmigten Geschäft hat den Inhalt der act. mandati contr. Sie unterliegt wie die act. n. contr. überhaupt der gewöhnlichen Verjährung. Dies ist neben dem Anspruch auf Ersatz der Kosten der Vortheil der act. n. g. contr. bei der n. g. durch Zahlung fremder Schuld gegenüber der Klage ex jure cesso, bei der die möglicherweise kürzere Verjährung der bezahlten Forderung selbst wirkt. Vgl. unt. Nr. 180, Bd. 1 S. 1012 u. ObTr. 65 S. 274 (StrA. 83 S. 73) zu I 16 §§ 43 ff.

Der Satz, daß durch die Genehmigung des Geschäfts die Sache rückwärts so hergestellt wird, als ob Vollmacht vorhanden, § 239 h. t., hat für die Verwaltung ohne Auftrag, §§ 166, 167 I 14, die Wirkung, daß durch die Genehmigung ein dem aus dem Verwaltungsvertrag entspringendes gleiches Rechtsverhältniß zwischen dom. u. Verwalter hergestellt wird. Dies ist in RG. 6 S. 305 näher begründet und daraus hergeleitet, daß die §§ 150, 151 I 14 über die Anfechtung gelegter Rechnung auch auf die auftragslose, aber genehmigte Verwaltung anzuwenden.

Bei mehreren dom. wird auch die act. contr. gegen alle solidarisch gehn, soweit es sich nicht blos um den Anspruch auf den gezogenen Vortheil handelt. Vgl. die §§ 236, 237 I 17.

3. Zu Dritten kann der dom. nur durch Genehmigung des Geschäfts in Beziehung treten, der neg. gestor aber sich Dritten ebenso wie der falsus procurator und der die Vollmacht überschreitende Bevollm. verantwortlich machen, §§ 128, 229 h. t. Dagegen hat der Dritte gegen den dom., wie gegen den Machtgeber, aus dem Geschäft, welches der dom. nicht genehmigt und nicht zu genehmigen braucht, die cond. s. c. auf das, was er aus dem Geschäft in Händen hat und unter Umständen die art. de i. r. v. Ueber letztere vgl. Erk. b. Nr. 243a.

ist auch eine wohlbegründete; eine vollendete Geschäftsführung läßt sich schwer rückgängig machen; der Geschäftsherr, der sie mündlich oder stillschweigend genehmigt, verleitet den Geschäftsführer, die Herstellung des früheren Zustandes überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig zu versuchen; er verletzt die Treue und beschädigt den Geschäftsführer, wenn er die formlose Genehmigung später widerruft. Eine laufende, noch nicht vollendete negotiorum gestio aber stellt in Ansehung der noch bevorstehenden Handlungen den Geschäftsführer nach gegebener Genehmigung genau in das Rechtsverhältniß eines Mandatars; in diesem Falle also existirt kein Grund, für die Genehmigung eine andere Form nachzulassen, als für das eigentliche Mandat.

Nr. 243. §§ 230—232, §§ 262—280. Bereicherung und nützliche Verwendung. Allgemeine Natur und Voraussetzungen. (Abwesenheit eines Vertragsverhältnisses.) Die Bereicherung insbesondere. condictio sine causa (cond. possessionis). (Erhebung fremder Forderung.)*)

a. Erk. v. 13. Dez. 1847; ObTr. 16 S. 172.
b. Erk. v. 27. Juni 1863; StrA. 49 S. 300.
c. Erk. v. 11. Mai 1865; StrA. 59 S. 129.

Im Falle a. hatte A. bei einer Berechnung mit B., bei welcher die Höhe der Forderung des B. an ihn streitig blieb, an B. mehr gezahlt, als er schuldete, um eine löschungsfähige Quittung zu erlangen, die er nöthig hatte. Als er demnächst das zu viel Gezahlte zurückforderte, wies der 2. Richter die Klage ab, weil die Bedingungen der cond. indebiti nicht vorhanden. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte der Kläger dem Beklagten Bohrgeräthschaften übersandt, in der durch einen Brief des Beklagten hervorgerufenen irrigen Meinung, dass derselbe sie für einen bestimmten Preis käuflich übernehmen wolle. Nachdem er mit der Klage auf Zahlung des Kaufpreises abgewiesen war, verlangte er Rückgabe der Geräthschaften oder Zahlung des unter Beweis gestellten Werthes. Beide Instanzen wiesen ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. waren für den Beklagten auf dem Grundstück der unv. D. 240 Thlr. Darlehn eingetragen, während die D. nach ihrer Behauptung nur 180 Thlr. Valuta erhalten hatte. Die D. verkaufte das Grundstück an den Kläger und es wurde dabei in dem Kaufvertrage stipulirt, dass die D ihre Rechte aus dem Umstande, dass nicht volle Valuta gezahlt, an den Käufer, der die 240 übernahm, abtrete, derselbe nicht verpflichtet, der D. etwas herauszuzahlen, falls er Nachzahlung oder Löschung gegen den Beklagten erreiche. Der Kläger verkaufte demnächst an E. mit der Abrede, dass falls E. die Löschung der von ihm übernommenen 240 ganz oder theilweise ohne Zahlung bewirke, er den so ersparten Betrag als Theil des Kaufgeldes an den Kläger zu zahlen habe. E. zahlte indessen, um Weiterungen zu vermeiden, die vollen 240 an den Beklagten. Nun klagte Kläger gegen den Beklagten auf Rückzahlung der von E. zu viel erhaltenen 60 Thlr. Der 2. Richter wies ab, weil Kläger nicht gezahlt, nur E. zur Rückforderung befugt. Das ObTr. hat vernichtet.

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 421—429, § 483; Dernburg 2 §§ 287, 288; Förster (Eccius) 2 §§ 147, 148. — Das ALR. stellt in § 230 h. t. den Grundsatz, daß Niemand sich mit dem Schaden des Anderen bereichern dürfe, im Zusammenhange mit der neg. g. auf. Darauf ist in StrA. 22 S. 354 der Satz gegründet, daß von Bereicherung oder nützl. Verw.

Gründe: a. Mit Recht wirft der Implorant dem App.-Richter vor, daß er die aus dem Abschn. 2 I 16 ALR. wegen der condictio indebiti allegirten §§ auf einen Fall angewendet habe, für welchen sie nicht bestimmt sind. Niemand darf ein Vermögensstück, welches er von einem Andern an sich genommen hat, ohne allen Rechtsgrund behalten, sondern er muß das Empfangene, soweit er bereichert ist, herausgeben. Dieser Satz, welcher der gemeinrechtlichen condictio sine causa zum Grunde liegt, ist auch der Gesetzgebung des ALR. nicht fremd. Er ist zuvörderst in der Lehre von der nützlichen Verwendung in den §§ 262 ff. I 13 ALR. vollständig enthalten, und es ist hier im § 278 hinsichtlich der in der Form mangelhaften Verträge auf die im 5. Titel ertheilten Vorschriften verwiesen; diese verordnen aber in den §§ 156 ff., falls die Erfüllung des Vertrages nicht nach der mündlichen

---

nur in Verbindung mit neg. g. die Rede sein könne. Aber das ALR. weist an verschiedenen Stellen auf die Bereicherung als Quelle eines Rechtsanspruchs hin, wenn es die Rechtsmaterie als solche auch nicht in sich abgeschlossen behandelt, Erk. a. StrA. 48 S. 361; 64 S. 17. Der Grundsatz, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe, beruht auch so auf dem Prinzip der Billigkeit, daß, wie das Erk. a. sagt, er als selbstverständlich auch ohne ausdrückliche Vorschrift anzuerkennen sein würde. Mit der neg. g. ist der Satz in Verbindung gebracht, weil grade bei ihr die Unbilligkeit besonders stark hervortritt, die darin liegen würde, wenn der neg. g. dem dominus belassen müßte, was die neg. g. demselben an Vortheil gebracht, und zugleich den Schaden tragen müßte, den er durch Auslagen, Bemühungen u. s. w. gehabt. Mit der neg. g. contr., die eine genehmigte oder als genehmigt anzusehende n. g. im Interesse des dom. voraussetzt, hat die auf der bloßen Thatsache der grundlosen Bereicherung beruhende Bereicherungsklage nichts zu thun. Anerkannt ist der Grundsatz außer in § 230 h. t. in den §§ 28—32 I 15; §§ 266, 274, 276 h. t.; §§ 170, 166 ff., 199 ff. I 16, ferner in § 334 II 1 (Anspruch auf das Vorhandene). In StrA. 81 S. 219 ist dann auch der Satz, daß Bereicherung nur in Verbindung mit neg. g. zu denken, ausdrücklich reprobirt, und die Preußische Praxis hat kein Bedenken getragen, die gemeinrechtl. cond. sine causa aus jenem Grundsatz auch für das Preuß. R. für alle die Fälle in weitem Umfange zu konstruiren, für welche die in I 16 geregelten speziellen, auf demselben Grundsatz beruhenden Kondiktionen nicht passen. Beispiele geben die Erk. a.—c. und die weiter mitzutheilenden Fälle. Die Grenzlinie zwischen dieser cond. sine causa und der Klage aus der nützlichen Verwendung, welche auf dem gleichen Grundsatz beruht, ist für das Preuß. R. oft verwischt, obwohl sie auch hier besteht. Nicht jede Bereicherung ist nützliche Verwendung, obwohl die nützl. Verwendung stets Bereicherung voraussetzt. Die Klage aus der nützl. Verw. kann ausgeschlossen sein, aber die Klage aus der Bereicherung bestehen. In § 334 II 1 ist die Klage auf das Vorhandene die Klage aus der Bereicherung, die cond. s c., während die Klage aus der nützl. Verw. ebenso ausgeschlossen sein kann, wie bei anderen Vertragsunfähigen, denen Sachen kreditirt oder Gelder gegeben, für die sie haften, soweit sie noch vorhanden, während sie aus der nützlichen Verwendung nicht haften. Vgl. den Fall StrA. 91 S. 360 unt. Nr. 215, Bd. 1 S. 328 u. unt. Nr. 243a. Im allgemeinen wird der Anspruch aus nützl. Verw. voraussetzen, daß die Bereicherung durch ein Handeln des Versionsklägers hervorgerufen, während die cond. s. c. einfach das rechtlose Haben (Behalten) voraussetzt. Die Klage aus der versio in rem setzt ferner stets Verwendung des Vermögens des Versionsklägers voraus, die c. s. c. geht auf Herausgabe auch dessen, was, ohne Vermögen des Klägers zu sein, aus seinen Händen in die des Beklagten gelangt, so daß der Bekl. bereichert, der Kläger geschädigt.

1. Aus § 230, seinem Wortlaut und dem Zusammenhang mit der neg. g., und aus §§ 233, 277, 278, 279, 280 h. t., §§ 199, 200 I 16 folgt auch für das Preuß. R. einmal, daß nicht jede Bereicherung, sondern nur die ohne Rechtsgrund, ungerechtfertigt erfolgte, einen Anspruch aus der Bereicherung giebt, und daß der Anspruch aus der Bereicherung wie aus der nützl. Verw. nur eine eventuelle und subsidiäre Natur hat, nur da stattfindet, wo kein Vertragsverhältniß zwischen den Parteien vorhanden oder ein Delikt in der Mitte liegt, StrA. 64 S. 17, 81 S. 219. Der Anspr. aus der Bereicherung ist weder kontraktlicher noch außerkontraktl. Anspruch auf Entschädigung, sondern ein selbstständiger Anspruch, der voraussetzt, daß weder die vindic., noch die publiciana, noch Klage aus Vertr. oder Delikt

Abrede erfolgen muß, die Rückgabe oder Vergütigung des Empfangenen. Ebenso ist die Rückerstattung der Draufgabe im § 221 daselbst festgesetzt, wenn der Vertrag durch wechselseitige Einwilligung beider Theile wieder aufgehoben wird, oder wegen Mangels der rechtlichen Erfordernisse nicht bestehen kann. Der Grundsatz ist also auch bei Zahlungen, die aus Veranlassung von Verträgen erfolgt sind, als leitend anerkannt und versteht sich im Allgemeinen so von selbst, daß er einer ausdrücklichen Bestimmung zu seiner Geltung nicht bedurfte; die Regeln von der condictio indebiti passen auf ein solches Sach- und Rechtsverhältniß nicht, und der App.-Richter, welcher sie angewendet, hat das Wesen derselben verkannt.

Gründe: b. Man kann dem App.-Richter allerdings darin beipflichten, daß in dem Klagevortrage die thatsächlichen und rechtlichen Erfordernisse einer actio

---

vorhanden, aus welcher der Anspr. auf Rückerstattung oder Ersatz zu begründen. Wo ein Vertragsverhältniß zwischen den Parteien vorhanden, welches wirksam oder doch nicht unwirksam, hat die Klage auf Restitution des aus dem Vertrage in die Hände des einen durch den anderen Kontrahenten Gelangten nicht die Natur der Bereicherungs- oder Verwendungsklage, sondern es wird aus dem wirkenden oder nachwirkenden Vertrage geklagt, nicht aus der Bereicherung oder Verwendung, auch nicht auf die Bereicherung, sondern auf das Vertragsobjekt; die Verpflichtung zur Restitution erscheint als Bestandtheil des Vertrages, RG. 8 S. 370. So liegt die Sache im Falle der §§ 156 ff., § 223 I 5, §§ 360 ff. I 5, §§ 177, 199 I 16, ferner im Falle des nicht erfüllten modus und der nicht eingetretenen Bedingung bei Verträgen (Gegensatz im § 200 I 16), Nr. 70, Bd. 1 S. 272, und im Falle der §§ 220—222 I 5 (Rückgabe der Draufgabe). Auch der Anspruch auf Erstattung der Futterkosten bei der act. redhib. ist Anspr. aus dem Kaufvertrage und der nach dem Zurückgehn desselben gesetzlich geordneten Pflicht zur Restitution des früheren Zustandes, nicht aus der Bereicherung, §§ 337, 338 I 5; § 198 I 11 (§ 212 I 7). Daß das Vertragsverhältniß aber zwischen den Parteien, nicht etwa zwischen der einen Partei und einem Dritten bestehen muß, darüber vgl. unt. Nr. 243a. zu Erk. a. u. b. Ein Vertragsverhältniß besteht, wenn A. im Auftr. des B. für diesen aus Gefälligkeit acceptirt, Deckung erhält, in Folge Vergleichs aber nur mit 40 Prozent einlöst. Die nicht verwendeten 60 Proz. fordert B nicht mit der c. s. c., sondern mit der Mandatsklage, §§ 26, 61 ff. h. t. Vgl. RG. 4 S. 77, 80 (gem. R.). So auch OHG. 15 S. 318, 322 in einem ähnlichen Falle. (Keine Bereicherungsklage aus Art. 83 WO., wenn der verjährte Wechsel dem Mandatar für seine Auslagen nicht in sol. gegeben. Anwendung des § 277 h. t.) Der Vertrag wirkt, wo zu den Zwecken eines gültigen Vertrages gegeben, z. B. Vorschuß vom Kommittenten dem Einkaufs-Kommissionär, oder vom Verkaufs-Kommissionär dem Kommittenten, RG. 8 S. 370; OHG. 10 S. 189, vom Käufer Anzahlung auf den Kaufpreis, nicht zur Erfüllung, sondern als Vorschuß, vom Geschäftsherrn Vorschuß an den Reisenden auf zu verdienende Provision, RG. 2 S. 408 (gem. R.); 3 S. 87; 5 S. 26.

Wichtig ist hier der Unterschied von der cond. s. c. oder der v. i. r., weil bei dieser der Kläger die rechtlose Bereicherung, OHG. 12 S. 438, bei jener regelmäßig der Bekl. zu beweisen hat, daß er zu behalten berechtigt, d. h. den Vertrag erfüllt, vertragsmäßig geliefert, die Provision verdient hat. Ebendahin gehört wohl auch der in RG. 3 S. 162 aus den §§ 262, 268, 269 h. t entschiedene Fall, wo A. dem B. Aktien einer in der Gründung begriffenen Gesellschaft zum Nominalbetrag von 200 verkauft und übertragen, auf welche er 50 eingezahlt hatte, und demnächst als Zeichner zur Nachzahlung von 150 pro Aktie angehalten wurde, worauf er den B. auf Erstattung in Anspruch nahm, da beim Verkauf der Preis nur nach der Einzahlung von 50 stipulirt war. Hier folgte die Verpflichtung des B. nicht sowohl aus der ungerechtfertigten Bereicherung, sondern aus dem Kaufvertrage u. der offenen Intention des Kontrahenten, daß der Käufer mit den nicht voll eingezahlten Aktien die mit denselben verbundene Verpflichtung zur vollen Einzahlung übernommen.

Des Fundaments der Bereicherung bedurfte es auch nicht in dem unt. Nr. 212, 212a., Bd. 2 S. 271, 284 erwähnten Fälle StrA. 48 S. 361 für die Klage des Cessionars gegen den Cedenten, der nach der Cession die cedirte Forderung selbst eingezogen hatte, obwohl das ObTr. grade in diesem Falle unter Berufung auf Erk. a. den Satz wiederholt, daß der der gemeinrechtl. cond. s. c. zum Grunde liegende Gedanke, daß Niemand ohne Rechtsgrund behalten darf, was er aus fremdem Vermögen an sich genommen, sondern herausgeben muß,

publiciana des früheren Besitzers auf Wieder-Einräumung des ihm wider seinen Willen entzogenen Besitzes, — § 2 I 15 ALR., vergl. §§ 162 ff., 179, 180, 184 I 7 das., nicht enthalten sind.

Dem App.-Richter, der ihre Erfordernisse vermißt, läßt sich daher auch eine unpassende, bez. unterlassene Anwendung dieser Vorschriften, insbesondere der von ihm allegirten §§ 179, 180, 184 I 7 nicht zum Vorwurf machen. Die Klage ist eben nicht als actio publiciana im Sinne und Ausdruck der Rechtstheorie aufzufassen. Dieselbe ist vielmehr lediglich als condictio sine causa anzusprechen, die als solche keineswegs auf die Rückforderung von Zahlungen und fungiblen Sachen, vielmehr, dem Grundcharakter aller Konditionen im Allgemeinen entsprechend, die Restitution des Empfangenen gegen Denjenigen verfolgt, der ohne Rechtsgrund

---

soweit er bereichert, auch dem Preuß. R. bei Zahlungen, die aus Verträgen erfolgt, nicht fremd sei. Die Verpflichtung des Cedenten folgte hier einfach aus dem Cessionsvertrage wie aus einem Kaufvertrage. Anders liegt die Sache da, wo der Cession ein ungültiges p. d. ced. zum Grunde liegt. Eine Anwendung der cond. s. c. auf diesen Fall enthält ObTr. 3 S. 324, Erk. a. Nr. 101, Bd. 1 S. 439.

Ein Vertragsverhältniß lag vor in dem unt. Nr. 242 S. 619 erwähnten Falle StrA. 22 S. 354. Die Folgen der Nichtlieferung des vom Bekl. dem Kläger zu liefernden Bauholzes waren hier aus dem Vertragsverhältniß zu bestimmen, nicht aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung oder nützlichen Verwendung. Aus dem Vermögen des Klägers hatte Beklagter nichts in Händen, nur das geschuldete Objekt, auf welches die Klage nicht gerichtet war. Der Gläubiger aber, der sich an Stelle des geschuldeten Objekts selbst Ersatz verschafft, kann die Verwendung dafür an Stelle des geschuldeten Objekts nur unter den Bedingungen verlangen, unter denen er gesetzlich aliud pro alio verlangen kann, §§ 270, 273, 360 ff., 393 ff. I 5.

Aus dem Vertragsverhältniß folgt bei mehreren correi debendi, von denen der eine die ganze Schuld zahlt, regelmäßig die Pflicht zur ganzen oder theilweisen Erstattung; im übrigen ist die Erstattungspflicht unabhängig von dem Gesichtspunkt der Bereicherung geregelt, §§ 443 ff. I 5. Dasselbe gilt von dem Rechtsverhältniß zwischen dem Prinzipal- und Eventualverpflichteten, Schuldner und Bürgen, auch zwischen dem dritten Zahler fremder Schuld und dem Schuldner, I 16 §§ 42 ff., wo das Gesetz den Gesichtspunkt der Bereicherung dadurch ausschließt, daß es für die bewirkte Befreiung des Schuldners den Zahler in die Rechte des Gläubigers treten läßt, ihn also direkt entschädigt und die Bereicherung durch die Befreiung wieder aufhebt. Vgl. zu I 16 u. Erk. c. Nr. 180, Bd. 1 S. 1008. Des Gesichtspunkts der Bereicherung bedarf es nach §§ 61, 62 Ges. üb. den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870 auch nicht für den Anspruch des Armenverbandes gegen die sonst zur Unterstützung Verpflichteten, vgl. § 65 Ges. v. 8. März 1871 zu II 19. Nach § 332 I 21 ferner ist das Verhältniß zwischen dem Verpächter und dem Pächter, der das Pachtgut nach Ablauf der Pachtzeit nicht zurückgiebt, so geregelt, daß das Fundament der Bereicherung fortfällt, StrA. 63 S. 253.

Kein Vertragsverhältniß ist vorhanden, wenn der geschlossene Vertrag von Anfang nichtig, unwirksam oder nachher unwirksam geworden, so daß ein Anspruch aus dem Vertrage nicht besteht. So lag z. B. StrA. 10 S. 14, wo A. an B. Sachen für 400 verkauft u. B. 400 an A. gezahlt, der Kaufvertrag rechtskräftig für simulirt erklärt worden war. Hier war die Klage des B. gegen A. auf Rückzahlung der 400 als cond. s. c. an sich begründet, nicht als cond. ob c. datorum, der Einwand des Bekl. aber erheblich, daß der Kaufvertrag zwar simulirt, daß aber in Wahrheit die 400 als Darlehn gegeben, während der 2. Richter ohne Weiteres verurtheilt hatte, weil die 400 zum Zweck des simulirten Vertrages gegeben. cond. s. c. liegt deshalb vor in §§ 220, 231 I 5 auf Rückgabe der Draufgabe, wenn der Vertr. wegen Mangels der rechtlichen Erfordernisse nicht bestehn kann, ferner im Falle des § 170 I 16, Vertrag mit einem Unfähigen, welcher als solcher fortfällt, sobald die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht ertheilt wird. Vgl. auch § 6 Abs. 2 KonkO. Der vertragsfähige Kontrahent giebt hier zurück, was er von dem Unfähigen erhalten, weil er aus dem Vertrage nicht behalten darf und nach dem Fortfall des Vertrages rechtlos behalten würde, während der Unfähige nach §§ 273, 274 h. t. das Erhaltene nur mit Beschränkung zurückgiebt, OHG. 21 S. 215. Vgl. Erk. d. Nr. 243a. und die Bemerkungen dazu. Kein gültiger Vertrag lag vor in dem unter Nr. 242 S. 621 erwähnten Falle StrA. 33 S. 110 (Pachtvertr. mit dem Stadtmagistrat ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde), in dem

empfing und sich, ohne diese Restitution, mit dem Schaden des Andern, dem allgemeinen, auch im ALR. anerkannten Grundsatze § 230 I 13 zuwider, bereichern würde, vgl. Thibaut, System, 6. Ausg. § 986; Hellfeld, jurispr. for. §§ 836, 1062, 1284, 1743; v. Vangerow, Pandekten, Bd. 3 S. 386 (§ 628); Puchta's Pandekten, 6. Aufl., § 312; Göschen, civilrechtliche Vorlesungen, Bd. 2 Abth. 2, 2. Aufl., S. 696. Dieselbe folgt daher, wenn auch besondere Bestimmungen über die condictio sine causa im Landrecht (I 16 §§ 166 ff.) fehlen, im Allgemeinen den Grundsätzen der condictio indebiti, § 178 a. a. O. Von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, erscheint aber auch Klage und Beweisantritt im vorliegenden Falle durchaus ausreichend, den damit verfolgten Anspruch des Klägers zu rechtfertigen, und es kann in seiner alternativen Fassung, nach welcher dem Verklagten Rückgabe des Empfangenen oder Zahlung des Werths frei-

---

Falle Erk. a. Nr. 101, Bd. 1 S. 439 (ungültiges pact. de ced.), in den weiter unten zu erwähnenden Fällen RG. 10 S. 260 u. OHG. 12 S. 32 (ungültiger Darlehnsvertrag, weil der empfangende Kassirer nicht ermächtigt), in ObTr. 15 S. 318, wo durch den dazu nicht legitimirten Vorstand einer erlaubten Privatgesellschaft ein Darlehn aufgenommen, in den unten erwähnten Fällen StrA. 81 S. 217 u. ObTr. 69 S. 69, wo der Darlehnsvertrag fortgefallen war, in dem Falle, wo die Handlung des Mandatars, der sein Mandat überschritten, oder die des neg. gestor nicht genehmigt wird und nicht genehmigt werden muß, in welchem Falle der Anspruch des Mandatars, neg. gestor oder des Dritten (vgl. Erk. b. Nr. 243a.) gegen den dom. auf das geht, was derselbe erhalten und nur aus der Thatsache des Empfangens folgt. Eben dahin gehört I 14 §§ 56, 57. Vgl. unt. 2.

Kein Vertragsverhältniß lag vor in StrA. 31 S. 37. A. war Restaurateur des der Schützengilde gehörigen Schützenhauses und vertragsmäßig verpflichtet, das Lokal auf seine Kosten zu erleuchten, wenn er es an Dritte zur Benutzung überließ. Gleichwohl hatte er bei solchen Gelegenheiten die Gaseinrichtung der Schützengilde benutzt und die letztere das verbrauchte Gas bezahlen müssen. Hier ist A. in allen Instanzen zur Erstattung aus §§ 262, 268 h. t. verurtheilt, seine Berufung auf § 277 h. t. abgelehnt, weil aus dem Vertrage seine Verpflichtung zur Erstattung nicht direkt folge, sondern daraus, daß die Schützengilde bezahlt hatte, was er zu bezahlen verpflichtet.

Aus der Bereicherung, nicht aus dem Eigenthum folgt der Anspruch, den die §§ 28—32 I 15 dem Eigenthümer gegen den redlichen Besitzer auf den bei der Veräußerung gezogenen Vortheil geben, während in §§ 662, 663 I 11 Eigenthumsanspruch, in § 664 das. Deliktsanspruch, und in §§ 665 ff. das. Anspruch aus dem Darlehn vorliegt. Selbstständiges Fundament ist die Bereicherung in den Fällen der zwar unbefugten, aber nicht schuldhaften Verfügung über fremdes Eigenthum, wie z. B. in § 18 Abs. 6, § 55 Abs. 4 Ges. v. 11. Juni 1870 (unverschuldeter Nachdruck, öffentl. Aufführung), § 16 Ges. v. 9. Jan. 1876, § 9 Ges. v. 10. Jan. 1846, § 14 Ges. v. 11. Jan. 1876; vgl. dazu RG. 12 S. 105, — ferner im Falle der Zwangsvollstr. in dem Schuldner nicht gehörige Sachen durch den gutgläubigen Gläubiger (vgl. unt. 4). Die act. neg g. contr. berührt sich hier mit der c. s. c. Vgl. unt. Nr. 242a. Selbstständiges Fundament ist die Bereicherung auch in den Fällen § 7 Abs. 2 Ges. v. 21. Juli 1879, § 30 Abs. 2 KonkO., § 1165 I 11, welche das Besondere haben, daß die Bereicherung ursprünglich keine rechtlose, im § 1165 a. a. O. sogar mit dem Willen des Eigenthümers eingetreten, erst nachträglich durch das Gesetz als rechtlos erklärt wird.

Aus dem Gesichtspunkt des Delikts (vgl. § 279 h. t., §§ 35, 36 I 5) war der unt. Nr. 167, Bd. 1 S. 882 u. unt. Nr. 208, Bd. 2 S. 190, 191 erwähnte Fall StrA. 64 S. 17 zu beurtheilen, wo der Auszügler von dem belasteten Grundstücksbesitzer ermordet war und es sich um den Entschädigungsanspruch der Erben des Ermordeten gegen die Erben des Mörders handelte. Der Anspruch beruhte hier auf dem Delikt als der unmittelbaren und nächsten Ursache, nicht auf der durch dieselbe erst eingetretenen Bereicherung des Thäters, die konkret in seiner Befreiung von der Auszugslast gefunden werden konnte und sich in dem bei der Subh. erzielten höhern Kaufpreis darstellte.

Aus der subsidiären und event. Natur der Klage aus der Bereicherung und der nützl. Verw. folgt von selbst, daß sie nicht blos nach der rechtskräftigen Abweisung der Vertragsklage, sondern auch mit derselben eventuell angestellt werden kann, StrA. 23 S. 230; 26 S. 24; 37 S. 85. Letzterer Fall ist unt. Nr. 70, Bd. 1 S. 274, 275 u. unt. Nr. 214, Bd. 2 S. 319, 320 erwähnt. Die Darlehnsklage war rechtskräftig abgewiesen, da Bekl. den Empfang

gelassen ist, selbstverständlich kein Mangel, vielmehr nur eine Begünstigung des Beanspruchten gefunden werden, die wenigstens im Sinne und nach dem Grundsatze des Preuß. Prozeßrechts, § 20 I 5 AGO., weder den rechtlichen Charakter der Klage, noch ihre Begründung beeinträchtigt. Wenn aber der App.-Richter für Begründung der Klage den Beweis vermißt: a) daß Verklagter keinen Titel zum Besitze der streitigen Gegenstände habe, und b) daß dem Verklagten die fraglichen Geräthschaften in der Absicht des Kaufes geliefert, daß aber ein Kauf wegen mangelnder Preiseinigung nicht zu Stande gekommen sei, so ist es richtig: daß der Kläger diesen Beweis zu führen hatte. Derselbe ist aber auch nach Klage und Replik ausreichend von dem Kläger angetreten, da es zu b. für die vorliegende Kondiktion doch in der That genügen muß, wenn Kläger die fraglichen Gegenstände in der vermeintlichen

---

des zur Bezahlung von Vertragskosten erhaltenen Geldes mit der Verpflichtung zur Rückgabe eidlich abgeleugnet hatte. Die spätere cond. s. c. drang durch. Dabei mußte davon ausgegangen sein, daß die Hingabe nicht donandi animo erfolgt. Für die versio in rem wäre wohl der Beweis erforderlich gewesen, daß mit dem Gelde die Kostenschuld des Bekl. bezahlt. Für die cond. sine causa genügte die Grundlosigkeit des Behaltens.

2. Außer der Abwesenheit eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien setzt der Anspruch aus der Bereicherung wie aus der nützlichen Verwendung voraus: daß aus dem Vermögen oder den Händen, dem Besitz des Klägers in das des Beklagten etwas so übergegangen, daß letzterer auf Kosten des ersteren dadurch ungerechtfertigt, grundlos, rechtlos bereichert ist, oder bereichert sein würde, wenn er es behielte.

a. Aus dem Vermögen oder aus den Händen, dem Besitz des Klägers, d. h. nicht nothwendig durch ihn oder aus seinem Eigenthum. Entscheidend ist nicht, durch wen die Bereicherung erfolgt, sondern aus wessen Vermögen sie erfolgt und wem sie zu gute gekommen. Vgl. Nr. 243a. Früheres Eigenthum des Kondizirenden (bestehendes schließt die cond. aus) ist nicht Bedingung der cond. s. c. Vermögen ist auch Besitz und jedes Vermögensrecht anderer Art. Beispiele geben die Erk. b. u. c., von denen Erk. b. zugleich ein Beispiel für die unter die cond. s. c. fallende (auch von Windscheid 1 § 161 so behandelte) condictio possessionis, für die ein anderes Beispiel in OHG. 22 S. 296 unter Nr. 126, Bd. 1 S. 578 u. unt. Nr. 145c., Bd. 1 S. 729. Dahin gehört auch der Fall OHG. 25 S. 133 (weiter unten) u. RG. 10 S. 111 (gem. R.), wo der zur Cession Bevollm. aus Versehn von einer Hypothek einen Theilbetrag an B. mit gleicher Priorität cedirt und hatte eintragen lassen, während der cedirte Betrag dem Rest nachstehn sollte. Hier ist die Klage des A., trotzdem er nur Bevollm., gegen B. auf Einwilligung in die Eintragung der Priorität durchgedrungen, weil A. seinen Machtgeber verhaftet, deshalb sein Schade vorlag, wie in OHG. 22 S. 296 für den Spediteur. Vgl. l. 57 § 1 D. 12, 6. Vgl. auch unt. Nr. 241. Dahin kann vielleicht auch der Anspruch des bon. fid. poss., der nach §§ 26 ff. I 15 gegen Herausgabe nur gegen Lösung verpflichtet, gegen den Eigenthümer, der durch Zufall wieder in den Besitz gelangt, gerechnet und auf diesem Wege der Anspruch auf Restitution oder Lösung begründet werden. Vgl. zu I 15 §§ 26 ff. u. unt. Nr. 146, Bd. 1 S. 734, 735 (die abweichende Ansicht dort wird nicht aufrecht erhalten). Andere Beispiele für die cond. s. c. ohne Bereicherung aus dem Eigenthum des Klägers aber aus einem Vermögensrecht desselben geben die unten zu erwähnenden Fälle der rechtlosen Befriedigung eines Gläubigers zum Nachtheil des anderen aus insufficienten Massen. Keine Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers lag vor im Falle ObTr. 69 S. 69, der insofern verschieden von dem des Erk. c. Für A. waren auf dem Grundstück des B. 3000 Darlehn eingetragen, auf welches nur 2600 Valuta gegeben. B. verkaufte an C., C. an D., in dessen Händen das Grundstück subhastirt, wobei A. voll zur Hebung kam. Als B. nun gegen A. auf Erstattung der 400, als rechtlos aus den Kaufgeldern empfangen, klagte, ist er in allen Instanzen abgewiesen, weil die Kaufgelder dem D. bez. den nacheingetragenen Gläubigern, deren Recht durch das Unterlassen des Widerspruchs gegen das Liquidat nicht verloren gegangen, gebührten. Nur bei Verzicht oder mit Cession der Ansprüche des D. und der nacheingetragenen Hypothekengläubiger hätte B. gegen A. klagen können, da B. insofern geschädigt, als bei dem Verkauf an C. dieser die vollen 3000 in p. pr. übernommen und B. in Folge davon 400 Kaufgeld weniger erhalten. Da D. die 3000 ebenfalls in p. pr. übernommen, so würde er mit dem Schaden des B. bereichert worden sein, wenn er die 400 von A. zurück-

oder irrigen Voraussetzung des Kaufs zusandte, mochte ein solcher auch nicht an dem Mangel einer Preisvereinbarung, sondern nur überhaupt nicht zu Stande gekommen sein, gleichviel aus welchem speziellen Grunde.

Auch eine nähere, von dem App.-Richter vermißte Auseinandersetzung „der Umstände, welche dem Uebergange des Besitzes auf den Verklagten zu Grunde gelegen hätten, und die Rechtlosigkeit dieses Besitzes erwiesen", muß aber um so überflüssiger erscheinen, als Kläger in völlig zulässiger und zureichender Weise Beweis darüber angetreten hat, daß das in seiner Klage näher erwähnte Schreiben des Verklagten an ihn für den Kläger irriger Weise zur Voraussetzung eines Kaufs bestimmende Antwort des Verklagten auf die an ihn gerichtete Aufforderung des Klägers zur Zahlung des Kaufpreises sei. Wenn aber schließlich der App.-Richter seine Argumentation zu dem Endresultat zuspitzt: „die Klage ist somit weder als

---

erhalten und durch Zahlung an die Hypothekengläubiger von einer persönlichen Schuld an dieselben befreit worden wäre.

Anders lag StrA. 81 S. 219. Für A. waren auf dem Grundstück der B.schen Eheleute 100 Darlehn und 36 Zinsen eingetragen. In der Subhastation erstand der Ehemann B. das Grundstück und kamen die 136 zur Hebung, wurden aber, da A. sich nicht meldete, hinterlegt, aufgeboten und nach Präklusion des A. an B. ausgezahlt. Hier drang die spätere Klage des A. gegen B. aus der Bereicherung durch. Aus der Darlehnsobligation, welche durch die Ueberweisung auf die Kaufgelder getilgt war, konnte A. nicht klagen und die Klage war deshalb auch nicht so zu begründen, daß B. die Kaufgelder erhoben, obwohl er wußte, daß das Darlehn **bestand**, denn es bestand nicht mehr. Aber trotz der Präklusion des A. bestand das selbstständige Fundament der Bereicherung, welches als solches durch die Präklusion hier nicht betroffen wird, wohl aber nach dem Willen des Gesetzes anderen Gläubigern gegenüber betroffen werden **kann**. Vgl. unt. 4.

Weil aus dem Vermögen des Klägers die Bereicherung stammen muß, kann die cond. s. c. nicht ohne Weiteres überall da zugelassen werden, wo ein Unberechtigter die Forderung des wahren Gläubigers erhebt. An sich wird das Recht des wahren Gläubigers dadurch nicht berührt, nur das des Schuldners, der an den falschen Gläubiger zahlt und in Folge dessen seine Schuld nicht tilgt, sondern noch einmal zahlen muß; mit dessen Schaden, nicht mit dem des Gläubigers ist der Empfänger bereichert. Das kann sich anders gestalten, wenn der Schuldner zur Zahlung berechtigt war und die Schuld getilgt ist. Vgl. StrA. 77 S. 256 unt. Nr. 242 Bd. 2 S. 620 und das Weitere über die ganze Frage unt. Nr. 242 S. 621. In StrA. 52 S. 164, wo der Fiskus Ablösungskapital an den zeitigen, statt an dessen Vorbesitzer gezahlt, ist die Klage des letzteren gegen den ersteren vom ObTr. mit der Motivirung abgewiesen, **daß der Fiskus solvent, der Bekl. deshalb mit dem Schaden des Klägers nicht bereichert**. Das deutet auf den Standpunkt, daß, **wenn der Schuldner insolvent**, die cond. gestattet. Aber selbst das wird nur für den Fall der eigentlichen Schadensklage zuzulassen sein, d. h. wenn durch das wissentliche Erheben der fremden Forderung die Insolvenz herbeigeführt oder mit herbeigeführt. Noch anders liegt der Fall der Einziehung der cedirten Forderung durch den Cedenten, in welchem sich die Ersatzpflicht aus anderem Gesichtspunkt rechtfertigt. Vgl. oben StrA. 48 S. 361.

Ganz anders steht **der Schuldner** zu dem, der unberechtigt die Forderung bei ihm erhebt. Er muß stets die cond. indeb. oder die cond. s. c. gegen den unberechtigten Empfänger haben, die cond. indeb. stets, wenn er den Empfänger irrthümlich für den wahren **Gläubiger** gehalten, die cond. s. c., wenn er den Empfänger als **legitimirt** zum Empfange **für** den wahren Gläubiger erachtet hat, weil sich der Empfänger als Mandatar oder sonst wie zum Empfang legitimirt ausgegeben hat, oder als neg. gestor aufgetreten ist, während der dom. die n. g. nicht anerkennen will. Der Anspruch des Schuldners auf Erstattung des Erhobenen ist hier der Anspruch des Dritten gegen den falsus procurator, den Mandatar, der seine Vollmacht überschritten, den neg. g., dessen gestio nicht genehmigt. Vgl. unt. 1 u. Nr. 242a. u. Erk. b. Nr. 243a. Der Unterschied der cond. indeb. und der cond. s. c. zeigt sich hier, obwohl beide cond. auf demselben Fundament beruhen, darin, daß bei jener die Zahlung gültig sein würde, **wenn die Schuld bestände**, und zurückgefordert wird, **weil die Schuld nicht besteht**, während bei dieser die Zahlung als Rechtsgeschäft ungültig ist. Die Praxis des ObTr. hat diesen Unterschied betont, aber ohne genügende Beachtung der gemeinsamen Grundlage beider cond., und ist so zu unbefriedigenden Ergebnissen

actio publiciana begründet, noch ist irgend ein persönliches Kontraktverhältniß bezüglich der hier streitigen Gegenstände unter den Parteien existirend behauptet worden", — so übersieht er, daß, um sie als condictio sine causa begründet erscheinen zu lassen, es gerade des Mangels eines jeden kontraktlichen Verhältnisses bedurfte.

Insofern der App.-Richter der vorliegenden Klage auch den Charakter und die Erfordernisse einer condictio sine causa abspricht und, ohne Eingehen auf den vom Kläger angetretenen Beweis, die durch den ersten Richter in angebrachter Art ausgesprochene Abweisung des Klägers bestätigt, hat sich derselbe daher in der That einer Beeinträchtigung des Imploranten und Verletzung der hier maßgebenden Grundsätze, §§ 230, 262—264 I 13 und § 178 I 16 ALR., durch unterlassene Anwendung schuldig gemacht.

---

gelangt. In ObTr. 17 S. 245 (Präj. 2021) hatte A. an B. als alleinigen Erben seines Gläubigers C. 150 Zinsen gezahlt und als sich nachher herausstellte, daß noch andere Erben vorhanden, an diese nochmals 100 Zinsen von derselben Schuld gezahlt. Seine Klage auf Erstattung der 100 gegen B. drang in 2. Instanz als cond. ind. durch mit der allerdings falschen Motivirung, daß B. gar kein Recht auf die 150 gehabt. Das ObTr. vernichtete und wies ab, weil keine cond. indeb. auf das Ganze vorliege, da B. jedenfalls nicht noch einmal von A. mit den übrigen Erben zusammen würde fordern können, was ihm an Zinsen zuständig, und wenn man die cond. ind. zuließe, lediglich weil B. nicht legitimirter Empfänger des Ganzen gewesen, A. noch nach Jahren würde zurückfordern und behalten können, was ihm restituirt, während der Anspruch der Erben, welche nicht geklagt, weil einer von ihnen Zahlung erhalten und sie dies genehmigt, in der kurzen Frist des Ges. v. 31. März 1838 verjährt. Hatte hier A. den später ermittelten Erben die 100 als ihren Zinsantheil zahlen müssen, weil sie die Zahlung an B. nicht genehmigt, so war die cond. dieser 100, — die übrigen 50 wurden offenbar nicht gefordert, weil sie Zinsen des B., — als cond. s. c. unbedenklich begründet, mochte sie als cond. indeb. oder c. s. c. angestellt sein. Auch StrA. 53 S. 144 führt aus, daß irrthümliche Zahlung bestehender Schuld an den nicht legitimirten Empfänger die cond. ind. nicht begründe, weil möglich, daß der Empfänger Quittung beschafft, daß der Gläubiger die Zahlung genehmige, daß der Gläubiger den Empfänger auf Ausantwortung in Anspruch nimmt. Hier wie in dem vorigen ObTr. 17 S. 245 wird deshalb die Richtung der Klage auf Beschaffung der Quittung oder Schadloshaltung gefordert, die zwar zulässig ist oder sein kann, §§ 150, 151, 229 h. t., aber die cond. s. c. auf das, was der n. gestor erhalten, nicht ausschließt, wenn die n. g. nicht genehmigt wird. Ebenso wenig befriedigt die unt. Nr. 70 S. 274, 275 mitgetheilte Entscheidung StrA. 78 S. 144, die auch hierher gehört, in der zwar richtig, daß modus nicht vorlag, weil der Empfänger nicht für sich empfangen, und die auch nur „angebrachtermaßen" abweist, aber ganz unklar läßt, worin nach ihrer Auffassung das richtige Fundament zu suchen, während nach der Sachlage alle Momente der cond. s. c. vorlagen, wenn die Kirche der Gläubiger und der Pastor nicht der Empfangsberechtigte, die Kirche die Zahlung an den Pastor nicht anerkannt hatte und nicht anzuerkennen brauchte.

Der Unterschied zwischen cond. ind. u. cond. s. c. und die Natur der letzteren erhellt für diesen Fall deutlich in OHG. 25 S. 133. A. hatte an B. Geld gegeben, um ein Accept des A. einzulösen, B. es zu diesem Zwecke dem C. gegeben, der, als D. sich mit einem Accept des B. meldete, das Geld an D. in der Meinung zahlte, daß damit das Accept des A. getilgt. Hier ist die cond. des C. gegen D. nicht als cond. indeb., sondern als cond. s. c. durchgedrungen, weil bei dem Irrthum über die zu tilgende Schuld das Rechtsgeschäft der Zahlung, die D. für B. angenommen, C. für A. geleistet, nicht zu Stande gekommen. Anders liegen die Fälle, in denen der Schuldner an den nicht Legitimirten zahlt in der Voraussetzung, daß derselbe sich legitimiren werde. So ObTr. 2 S. 226, wo A. das dem B. schuldige Darlehn nach dessen Tode an einen der Erben in der Voraussetzung und Erwartung, daß derselbe sich mit dem Miterben einigen werde, gezahlt, u. StrA. 64 S. 105, wo A. die auf seinem Grundstück für B. eingetragene Hyp. an C. in der Erwartung gezahlt, daß derselbe Dokument und Cession beibringen werde. In beiden Fällen liegt entweder c. ob caus. dol. oder c. s. c. auf das, was der Empfänger erhoben, ohne selbst darauf Anspruch zu haben, vor, oder die Klage aus der Vertragsabrede.

Zweifelhaft kann StrA. 2 S. 342 erscheinen. Hier hatte A. für die Stadt einen Bau

Gründe: c. Die §§ 165—167, 179, 180 I 16 ALR. handeln zwar nur allein von der condictio indebiti, von der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung, welche Klage hier allerdings nicht in Frage steht. Wenn jedoch aus jenen §§ von dem App.-Richter der Satz herzuleiten gesucht worden, daß zur Kondiktion einer Zahlung nur derjenige befugt ist, der die Zahlung geleistet hat, oder der, welcher von jenem seine Rechte herleitet, so ist solches jedenfalls in Betreff der vorliegend von dem Kläger erhobenen Klage nicht für richtig zu halten. Mit dieser Klage ist es aus dem Gesichtspunkte einer condictio sine causa oder einer s. g. Bereicherungsklage zu nehmen, welche auf dem in dem § 230 I 13 ALR. ausgesprochenen Grundsatze beruht, daß Niemand sich die Vortheile fremder Sachen oder Handlungen ohne besonderes Recht zueignen und sich also mit dem Schaden Anderer bereichern darf.

übernommen und dafür 1056 in 4 Raten zu fordern. Vor Vollendung der Arbeit erhielt er die letzte Rate mit 500 auf seine Bitte durch den Kämmerer C. aus dessen eigenen Mitteln auf Anweisung von einigen Magistratsmitgliedern und dem Stadtverordnetenvorsteher ausgezahlt, später aber aus der Stadtkasse nochmals dieselben 500 zugleich mit einem Betrage für Mehrarbeiten. Die Klage des C. gegen die Stadt auf Erstattung wurde rechtskräftig abgewiesen, worauf er gegen A. mit der c. s. c. durchdrang, § 187 I 16. Hier konnte es sich fragen, ob nicht dem C. nur die Klage ex mand. gegen die Auftraggeber zustand.

b. In das Vermögen des Beklagten muß aus dem des Klägers etwas gelangt sein, so daß Bekl. effektiv mit dem Schaden des Klägers bereichert. Deshalb genügt nicht, daß der Mandatar oder neg. gestor erhalten, der dom. einen Anspruch gegen den Mandatar oder n. gestor hat, um die cond. s. c. gegen den dominus zu begründen, wenn die Sache nicht so liegt, daß der dominus rechtlich als der Empfänger gilt, wie z. B. in dem Falle RG. 13 S. 4 angenommen, wo der Prokurist auf ein von ihm gefälschtes Accept beim Diskontiren Valuta vom Indossatar erhalten und unterschlagen hatte. Die Klage auf Erstattung ist gegen den Geschäftsherrn, als dessen Prokurist der Fälscher beim Diskontiren gehandelt und die Valuta empfangen, durchgedrungen, obwohl die Valuta unterschlagen war. Anders liegen die Fälle, wo der Mandatar oder neg. gest. oder falsus procur., aus einem nicht genehmigten Geschäft empfangen hat. Hier kann die cond. s. c. gegen den dom. immer nur gehn, wenn und soweit er wirklich erhalten oder genehmigt hat, sonst nur gegen den Mandatar, neg. gestor, falsus proc. selbst. Vgl. OHG. 2 S. 301 unt. Nr. 239a. Bd. 2 S. 597 u. unt. 140, Bd. 1 S. 674, 675. So OHG. 12 S. 32, 36, 37, wo A. im Kassenlokal der beklagten Aktienbank an den Kassirer eine Summe als Darlehn eingezahlt hatte, die der Kassirer statutenmäßig nicht allein, sondern nur gegen Quittung von zwei Vorstandsmitgliedern annehmen durfte. Die c. s. c. setzte hier voraus, daß das eingezahlte Geld wirklich in das Vermögen der Bank gelegt war. Sie fiel fort, weil der Kassirer das erhaltene Geld sofort unterschlagen hatte. Ebenso für einen ganz gleichen Fall RG. 10 S. 260, wo an den Kassirer eines Vorschußvereins eine Einzahlung geleistet, während der Verein statutenmäßig nur durch die Mitunterschrift von 2 Vorstandsmitgliedern verpflichtet werden konnte, und der Kassirer das Geld, nachdem er es ohne Buchung in die Kasse gethan, sofort als sein eigenes herausgenommen und unterschlagen hatte. Der bloße formale Eigenthumserwerb durch die Vermischung mit dem Gelde in der Kasse konnte die Bereicherung nicht begründen, da darin weder eine Uebernahme noch eine Verwendung lag, §§ 265, 266, 267 ff. h. t.

Bereicherung des Bekl. lag nicht vor in OHG. 17 S. 1, wo der Kläger sein gefälschtes Accept eingelöst hatte in der Meinung, daß es echt, und den Empfänger mit der cond. s. c. ohne Erfolg belangte, weil der Empfänger selbst den Wechsel durch Giro gegen Valutazahlung erworben und in Folge der Einlösung den Regreß gegen seine Vormänner, den er gehabt hätte, verloren hatte, in der That also nicht bereichert war und durch die Herausgabe des Empfangenen nicht eine Bereicherung herausgegeben, sondern einen Schaden erlitten hätte. Andere Beispiele über die mangelnde Bereicherung, ohne welche auch keine nützl. Verw. besteht, vgl. unt. Nr. 243a (StrA. 10 S. 142, 11 S. 315; OHG. 16 S. 54, 56; StrA. 44 S. 270) und zu I 16 bei der cond. indebiti. Die Bereicherung fehlt dagegen nicht, wo ihre Herausgabe zur rechtlichen Folge hat, daß das gegen das Empfangene aufgegebene Recht wieder auflebt, § 73 I 16.

3. Ungerechtfertigt ist die Bereicherung, wenn sie ohne den Willen des Gesetzes, ohne Rechtsgrund eingetreten oder besteht, wenn das Haben oder Behalten rechtlos ist. Ob dies

Zur Anstellung dieser Klage muß aber der Kläger, wenngleich er selbst nicht der Zahlende gewesen ist, für legitimirt erachtet werden. Denn, wenn nach der Behauptung des Klägers, welche hier einstweilen als richtig unterstellt werden muß, der Verklagte die 60 Thlr. Darlehns-Valuta wirklich an die D. nicht gezahlt hat, so ist dadurch, daß dessenungeachtet die vollen 240 Thlr. nebst Zinsen von dem E. an ihn gezahlt worden, auf seiner Seite in Betreff der empfangenen 60 Thlr. ein Haben ohne Grund eingetreten. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen der l. 23 D. 12, 1 de rebus creditis, und l. 24 § 1 D. 19, 1 de actionibus emti et venditi ist aber anzunehmen, daß die condictio sine causa nicht nothwendig voraussetzt, daß der Kondizirende selbst der Zahlungsleistende gewesen ist, daß dieselbe vielmehr auch demjenigen zusteht, welcher durch die von einem Anderen geleistete Zahlung, dem Empfänger

---

der Fall, ist konkret zu prüfen. Die Fälle unt. 1. u. 2. geben Beispiele. Das Gesetz will sie z. B. bei der Ersitzung, bei einer Reihe von Präklusionen, nicht allen, und schließt sie selbst bei der Verjährung in § 569 I 9 nicht direkt aus; eine Ausnahme ist die Bereicherungsklage des Art. 83 WO. bei präjudizirtem, verjährtem Wechsel. Keine ungerechtfertigte Bereicherung ist, wenn der Käufer das Eigenthum der gekauften und übergebenen Sache behält, obwohl er das Kaufgeld nicht zahlen kann, oder wenn das enteignete Grundstück vor definitiver Feststellung der Entschädigung abgetreten, die Entschädigung wegen Ausbruchs des Konkurses über das Vermögen des Erwerbers nicht bezahlt wird; in beiden Fällen ist die Kaufgeldforderung deshalb keine Masseforderung. (Vgl. RG. 5 S. 323 französ. R.) Grundlos ist die Bereicherung deshalb auch nicht, wenn im Konkurse oder bei der Kaufgelder- oder einer anderen Vertheilung in der Zwangsvollstreckung ein Gläubiger nicht liquidirt oder weniger liquidirt, als ihm zusteht, oder in Folge seines Ausbleibens im Termin zur Kaufgelderbelegung von Amtswegen weniger berücksichtigt wird, als ihm zusteht, und in Folge dessen ein oder mehrere Gläubiger mehr erhalten, als ihnen bei erfolgter oder richtiger Liquidation zugefallen wäre. Vgl. § 390 Preuß. KonkO.; § 48 Nr. 8, § 68 SubhO. v. 15. März 1869; § 104 Abs. 3, § 106 SubhGes. v. 13. Juli 1883, § 760 Abs. 3, §§ 763, 764 Abs. 2, § 824 Abs. 2 Nr. 3, § 841 CPO. Darauf allein kann gegen den Mitgläubiger die Klage auf Rückzahlung nie gestützt werden. Darauf beruht ObTr. 46 S. 376, 389, daß der Gläubiger, der in der Kaufgelderbelegung die ihm zustehenden Zinsen nicht liquidirt, § 390 Pr. KonkO., keinen Anspruch gegen den nacheingetragenen Gläubiger hat, ebenso StrA. 90 S. 203 für den gleichen Fall aus § 68 der SubhO. v. 15. März 1869. Es muß immer noch ein besonderer Umstand hinzutreten, der Rückforderung nach allgem. Grundsätzen begründet. So lag der Fall des PlBeschl. ObTr. 6 S. 399, wo durch Versehn des Richters ein Gläubiger im erbsch. Liquidationsprozeß mehr erhalten, als der andere, der Richter den beschädigten Gläubiger hatte entschädigen müssen, seine Erben gegen den anderen auf Erstattung klagten. Da bei der Konkurrenz mehrerer Gläubiger in Befriedigung aus einer insufficianten Masse das Gesetz die Befriedigung pro rata will, so ist der Gläubiger, der mehr erhält, als ihm zukommt, rechtlos bereichert, obwohl er nur seine Forderung erhält, und zwar auf Kosten des anderen, und muß herausgeben, was er mehr erhalten. Das Plenum behandelte die Klage als cond. indebiti; richtiger ist sie als cond. s c. anzusehn, da für die cond. ind. das Moment fehlt, daß die Zahlung auf eine irrthümlich als bestehend angenommene Schuld erfolgt, die Zahlung gültig wäre, wenn die Schuld bestanden. Ebenso lag StrA. 41 S. 146, wo ein Hypothekengläubiger aus Versehn bei der Subh. nicht zugezogen, seine Forderung deshalb unberücksichtigt geblieben war, StrA. 42 S. 276, wo im Exekutionsverfahren der Beitritt eines Gläubigers zu Unrecht nicht zugelassen war, OHG. 7 S. 163, wo drei Gläubiger in der Exekution ein ihrem Schuldner zustehendes Percipiendum aus einem Konkurse arrestirt und sich hatten zur Einziehung überweisen lassen, das Percipiendum vom Exekutionsrichter eingezogen, aber nur an zwei der Gläubiger ausgezahlt war, weil er die nicht erforderliche ausdrückliche Beitrittserklärung vermißte, vgl. §§ 750 ff., 758 ff. CPO., RG. 4 S. 324, wo der Hypothekengläubiger A., der nach dem Präsentatum des Eintragungsgesuchs, § 17 EigenthGes., hinter B. hätte eingetragen werden müssen, aus Versehn vor ihm eingetragen war und deshalb bei der Kaufgelderbelegung erhielt, was bei richtiger Eintragung B. erhalten haben würde.

In allen diesen Fällen ist die Klage, die in StrA. 41 S. 140 ohne Motivirung als cond. indeb. bezeichnet, gegen den Nach- bez. die Mitgläubiger, und von demselben Gesichts-

ohne Grund gegenüber, sich an seinem Vermögen verkürzt oder benachtheiligt befindet. Es fragt sich also, wer hier derjenige ist, welcher dadurch einen Vermögensnachtheil erlitten hat, daß der Verklagte die 60 Thlr. ohne Grund besitzt.

Daß dies nicht der E. ist, welcher die Zahlung geleistet hat, kann keinem Zweifel unterworfen sein. Derselbe hat dadurch, daß von ihm die vollen 240 Thlr. nebst Zinsen an den Verklagten gezahlt worden, nur dasjenige gezahlt, wozu er nach dem zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossenen Kaufvertrage unbedenklich verpflichtet war. Er kann also auch durch jene Zahlung in keiner Weise einen Nachtheil an seinem Vermögen erlitten haben, und würde er mithin nicht, wie von dem App.-Richter ungerechtfertigter Weise angenommen worden, für berechtigt gehalten werden können, die fraglichen 60 Thlr. von dem Verklagten zu kondiziren. Die ganze Ausführung des App.-Richters, daß der Kläger um deswillen zu der erhobenen Klage

---

punkte aus ist die Klage der ausgefallenen Gläubiger in der Subh. gegen einen voreingetragenen, der befriedigt, obwohl seine Forderung nicht bestand (simulirt, keine Valuta) als cond. s. c. zuzulassen, ObTr. 69 S. 69, 72. Aehnlich ObTr. 79 S. 156 (StrA. 97 S. 143). Hier standen für die minderjährigen Geschwister A. auf dem subhastirten Grundstück Abfindungskapitalien eingetragen, von denen irrthümlich angenommen wurde, daß sie erst bei der Großjährigkeit fällig, weshalb die Zwischenzinsen abgezogen und weniger vom Richter und der Partei liquidirt wurde, als den Gläubigern zukam. Die Klage auf Erstattung gegen den nacheingetragenen Gläubiger, der durch den Irrthum mehr erhalten, als er ohne denselben erhalten haben würde, ist zugelassen. § 68 der SubhO. v. 15. März 1869, der nur nachträgliche Liquidation in demselben Verfahren versagt, um dasselbe zum Abschluß zu bringen, stand ebenso wenig entgegen, wie die allgemeine Tendenz des Verfahrens, die Verhältnisse definitiv zu regeln. Das SubhGes. v. 10. Juli 1883 steht auf keinem anderen Standpunkte, wo es nicht an die Nichtmeldung direkt andere Folgen knüpft, § 48 Nr. 8. Vgl. auch §§ 140 ff. RKonkO. Das Versehn, der Irrthum steht hier dem Zufall gleich, durch den etwas aus dem Vermögen des Einen zu dessen Nachtheil in das des Anderen gelangt. Rechtlich nicht anders liegt die Sache, wenn im Falle § 710 CPO. zum Nachtheil des Gläubigers, der ein Pfand- oder Vorzugsrecht hat, z. B. des Vermiethers, der Erlös der gepfändeten Sachen ohne Berücksichtigung seines Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung an andere Gläubiger gezahlt ist, ohne daß ein Verzicht auf den Anspruch angenommen werden kann. Aus Abs. 4 § 710 folgt, daß die cond. (die dann allerdings nur solche, nicht die Klage aus § 710 ist) durch die einfache Auszahlung des Erlöses nicht ausgeschlossen wird, auch wenn der Empfänger in bona fide. Vgl. RG. 8 S. 99; 12 S. 270.

Eine andere, hierher gehörige Frage ist, ob rechtlose Bereicherung vorliegt, wenn der Gläubiger mit oder aus Gegenständen seine Befriedigung erhält, die seinem Schuldner nicht gehören. Für die Rechtsgeschäfte, durch welche sie außerhalb der in der Zwangsvollstreckung erzwungenen Befriedigung erfolgt, gelten die allgem. Grundsätze über Vindikation (bei dat. in sol), über Zahlung mit fremdem Gelde in den §§ 24 ff., 45 ff. I 15; §§ 72, 73, 189, 242 ff. I 16; § 80 I 20. Wenn und insoweit der Gläubiger hiernach behalten darf, was er erhalten, liegt rechtlose Bereicherung nicht vor und findet die cond. s. c. gegen ihn nicht statt. Bei erzwungener Befriedigung in der Zwangsvollstreckung (ist Befriedigung noch nicht erfolgt, schützt § 690 CPO. den Dritten) findet die cond. jedenfalls dann statt, wenn der befriedigte Gläubiger durch den Widerspruch des Schuldners oder des Dritten von dem Recht des Dritten auch nur unterrichtet worden oder bei der Zwangsvollstr. etwas versehen ist. Vgl. RG. 6 S. 312, 8 S. 204 unt. Nr. 209, Bd. 2 S. 207, 208. Als Anspr. aus der Bereicherung geht die Klage des Dritten gegen den Gläubiger nur auf das, was derselbe erhalten, nicht auf den Werth, wenn nicht dieser weitergehende Schadensanspruch durch dol. oder culpa zu begründen. Aber auch ohnedies wird durch die Bestimmung in §§ 716 Abs. 2, 720 CPO. die cond. nicht ausgeschlossen. Die Zahlung in diesem Sinne steht nicht dem Rechtsgeschäft der Zahlung und der Verkauf der gepfändeten Sache nicht dem Verkauf des Konventionalpfandes gleich. Der Kauf durch den Gläubiger in der Zwangsvollstreckung schützt ihn, seine bona fides vorausgesetzt, allerdings gegen die Eviktion ebenso wie gegen die cond. Vgl. noch SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 40 Nr. 9 (§ 71 Abs. 2); RKonkO. § 38. Für das gem. R. wird die Frage in RG. 13 S. 173, 180 behandelt und mit ausführlicher Begründung die cond. gegen den Gläubiger versagt. Einen Fall der cond.

nicht legitimirt sei, weil er sich nicht in der Lage befinde, seine desfallsigen Rechte von dem E. herleiten zu können, stellt sich demnach als unzutreffend dar.

Dagegen erscheint die D., deren Rechte durch die in dem Kaufvertrage enthaltene Cession sämmtlich auf den Kläger übertragen worden sind, als die Benachtheiligte. Dieselbe würde freilich den Eintritt eines wirklichen Nachtheils so lange noch von sich abzuwenden vermocht haben, als sie im Stande war, von dem Verklagten die Nachzahlung der 60 Thlr. Darlehns-Valuta, oder die Löschung eines gleichen Betrages von der fraglichen Hypothekenpost im Hypothekenbuche zu fordern. Die Möglichkeit hierzu ist aber für sie durch die erfolgte Löschung der ganzen Post von selbst hinweggefallen, und dadurch zugleich für sie die Vermögens-Benachtheiligung herbeigeführt. Dieser Nachtheil besteht darin, daß sie, obgleich ihr von dem Verklagten eine Darlehns-Valuta von nur 180 Thlrn. gezahlt worden, die desfallsige Hypothekenpost zum vollen Betrage von 240 Thlrn. dem Kläger überwiesen, und daß sie somit

---

gegen den Gläubiger, weil er Befriedigung aus dem Vermögen des deb. selbst unstatthaft nach eröffnetem Konkurse erhalten, vgl. in OHG. 17 S. 26. (Einziehung einer nach der Konkurseröffnung assignirten Forderung des Kridars durch den Gläubiger. cond. des Verwalters.)

Keine grundlose, rechtlose Bereicherung liegt vor, wenn der Kondizent sie als solche gewollt, donandi animo gehandelt hat oder dazu verpflichtet war, §§ 233, 280 h. t.; § 185 I 16. Daß die Absicht zu verpflichten, der an. recipiendi nicht wie bei der neg. g. contr. erforderlich, darüber vgl. Erk. d. Nr. 243a. und die Bemerkungen dazu.

Den Beweis der Bereicherung und ihrer Rechtlosigkeit hat der Kläger zu führen. Ein Beispiel giebt OHG. 12 S. 438. A. hatte von B. zum Zweck einer demnächst nicht zu Stande gekommenen Gesellschaft 50 erhalten und war auf die Klage des B. zur Rückzahlung verurtheilt, obwohl er exzipirt, daß er die 50 an B. zurückgezahlt; B. hatte den Empfang anerkannt, aber behauptet, daß er sie für gelieferte Arbeiten erhalten, und beschworen, daß er sie nicht auf die eingeklagten 50 erhalten. Nunmehr klagte A. gegen B. wiederum auf Zahlung von 50, indem er sich lediglich auf das Geständniß des B. im Vorprozeß, 50 empfangen zu haben, berief. Das genügte nicht, weil Empfang und Zahlung auf Grund der mannigfaltigsten Rechtsgeschäfte erfolgen kann, solv., contrah., don. causa, aus § 205 h. t. nicht folgt, daß der Beweis des Geldempfangs genügt, um versio in rem oder Bereicherung darzuthun, sondern die übrigen Voraussetzungen vorliegen müssen, namentlich der Mangel eines Rechtsgrundes für das Behalten. Das war in dem oben erwähnten Falle StrA. 37 S. 85 genügend dargethan, hier aber war zu erweisen, daß B. die Arbeiten, für die er die 50 empfangen haben wollte, nicht geliefert.

Der Anspruch aus der Bereicherung ist in einzelnen Fällen auf die zur Zeit der Erhebung des Anspruchs vorhandene Bereicherung beschränkt, § 203 I 16, § 32 I 15, § 274 h. t., § 1165 I 11. Regelmäßig genügt aber nach §§ 232, 262, 273 h. t. die Thatsache der erfolgten Bereicherung, um den Anspruch zu begründen. Regelmäßig hat der Kläger deshalb auch nur dies, nicht den Fortbestand der Bereicherung zur Zeit der Klage zu behaupten und zu beweisen, der Beklagte dagegen, daß der Anspruch durch einen ihn liberirenden Fortfall der Bereicherung aufgehoben ist. Vgl. OHG. 22 S. 298, 300. Der Fortfall liberirt ihn aber nur, wenn er gutgläubig und der Fortfall durch Zufall oder sonst ohne sein Verschulden eingetreten ist. Das Nähere darüber vgl. unt. Nr. 243a.

Aus dem Wesen des Anspruchs aus der Ber. folgt, daß Zinspflicht sich auch hier nicht von selbst versteht, sondern durch Verzug oder sonst begründet sein muß, StrA. 84 S. 125. Das Gesetz begründet ihn in den §§ 189, 194, 207, 208 I 16 ausnahmsweise aus einem außerhalb der Bereicherung liegenden Umstande.

Die Verjährungsfrist des Anspruchs ist die gewöhnliche, nicht etwa die des § 54 I 6, da der Anspr. kein Anspr. auf außerkontr. Entschädigung. Vgl. Dekl. v. 31. März 1838 u. unt. Nr. 133, Bd. 1 S. 615, 616, 617. Eine Ausnahme statuiren die §§ 33, 56 Ges. v. 11. Juni 1870.

Aus der rechtlichen Natur der cond. s. c. folgt, daß dabei weder von solidarischer Berechtigung noch von solidarischer Verpflichtung die Rede sein, sondern es immer nur darauf ankommen kann, aus wessen Vermögen das Geforderte stammt und wem und wieweit es zu gute gekommen. Vgl. darüber unt. Nr. 89, Bd. 1 S. 369 u. unt. Nr. 123, Bd. 1 S. 559, 560, sowie unt. Nr. 243a.

durch die Anrechnung dieser 240 Thlr. auf die von dem Letzteren zu zahlen gewesenen Kaufgelder 60 Thlr. zu wenig an Kaufgeld erhalten hat. Und zwar ist der gedachte Nachtheil erst in dem Momente eingetreten, wo der Verklagte die 60 Thlr. ohne Rechtsgrund empfangen, und zugleich der D. die Möglichkeit entzogen hat, ihn zur Nachzahlung der 60 Thlr. Darlehns-Valuta oder zur Löschung dieses Betrages von der fraglichen Hypothekenpost anzuhalten.

Die in solcher Hinsicht der D. gegen den Verklagten zustehenden Rechte sind auf den Kläger übergegangen, da die ihm von der D. ertheilte Cession ganz allgemein und unbedingt lautet, und ihr Inhalt sich keineswegs auf eine bloße Uebertragung derjenigen Rechte beschränken läßt, welche der D. rücksichtlich der 60 Thlr. gegen den Verklagten auf Bewirkung der Löschung oder Nachzahlung der Darlehns-Valuta zuständig waren. Durch jene Cession ist daher der Kläger zu der von ihm erhobenen Bereicherungsklage, vermittelst deren er als Cessionar der D. die Rückzahlung oder Erstattung der 60 Thlr, nicht aber die Nachzahlung dieser Summe als Darlehns-Valuta, von dem Verklagten fordert, als vollständig legitimirt zu betrachten.

Nr. 243a. §§ 262—280; I 11 §§ 690, 708, 709, 862—865; 14 §§ 56, 57; II 1 §§ 324, 334; 2 §§ 126, 129, 130, 133; 6 § 113. Nützliche Verwendung. (versio in rem.)*)

a. Erk. v. 18. Jan. 1866; ObTr. 56 S. 114.
b. Erk. v. 24. Sept. 1863; StrA. 50 S. 283.
c. Erk. v. 14. Dez. 1858; ObTr. 40 S. 119 (StrA. 31 S. 336).
d. Präj. 2709 v. 1. Dez. 1859; ObTr. 42 S. 84.

Im Falle a. hatte A. während längerer Abwesenheit sein Gut durch seinen Inspektor bewirthschaften lassen und dieser von B. Quantitäten Hafer und Stroh gekauft, erhalten und für das Gut verwendet. Nach seinem Tode klagte B. gegen A. auf Zahlung theils aus dem Kaufvertrage, theils aus der nützlichen Verwendung, wogegen A. geltend machte, dass der Inspektor weder in seinem Namen gekauft, noch dazu berechtigt gewesen, übrigens die Mittel zur Baarzahlung aus den Gutsgeldern gehabt, in der Rechnung den Betrag für die Lieferungen des B. auch in Ausgabe gestellt habe. Der 2. Richter verurtheilte ohne Weiteres, weil Stroh und Hafer in das Gut verwendet. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte die Wittwe Sch. bei dem Kläger in eignem Namen Kupferschmiedearbeiten für die im Pachtbesitz ihrer minderjährigen Kinder befindliche Brennerei bestellt, der Kläger sie ausgeführt, Bezahlung von ihr nicht erlangen können. Er klagte darauf gegen die Kinder auf Bezahlung aus der nützlichen Verwendung, weil sie zur Herstellung der Arbeiten dem Verpächter gegenüber verpflichtet gewesen, von dieser Verpflichtung befreit. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage durchgedrungen. — Im Falle c. stand für den Taubstummen R. auf dem früher seinem Vater gehörig gewesenen, von diesem durch verschiedene Hände auf die Verkl. gelangten Kolonate aus dem Schichtungsvertrage mit dem Vater die Verpflichtung eingetragen, dem R. freie Wohnung und Kost auf dem Hofe zu gewähren. Nachdem R. von dem Kolonate, angeblich wegen seines Zustandes nothwendig, fortgenommen und durch seinen Vormund mit dem Kläger ein Alimentationsvertrag abgeschlossen und R. durch diesen 10 Jahre lang verpflegt war, klagte Kläger

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 482, 483; Dernburg 2 §§ 287, 288; Förster (Eccius) 2 § 148. — Unter Nr. 243 ist hervorgehoben, daß der Anspr. aus der nützlichen Verwendung

gegen die Besitzerin des Kolonats theils mit Cession der Ansprüche aus dem Schichtungsvertrage, theils auf Grund nützlicher Verwendung. Beide Instanzen wiesen ab, der 2. Richter, weil bei dem Kläger die Absicht, die Beklagte durch die Verwendung zu verpflichten, fehle. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle d. handelte es sich um die Frage, ob bei dem Anspruch aus nützlicher Verwendung für einen Unfähigen, § 274 h. t., der § 273 anwendbar, wenn die Klage nach dem Ende der Unfähigkeit angestellt, § 274 die Klage gegen den Unfähigen während der Dauer der Unfähigkeit voraussetzt. Das Präj. stellt die Sätze fest: dass der Unfähige vor Aufhebung der Unfähigkeit nur auf den zur Zeit der Klageerhebung, nach Aufhebung derselben auf den zur Zeit der Aufhebung vorhandenen Vortheil in Anspruch genommen werden kann.

Gründe: a. Nach §§ 262 bis 264 I 13 ALR. ist zwar Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, dasselbe entweder in Natur zurück, oder, falls die gegebene Sache nicht mehr vorhanden ist, für deren Werth insoweit Vergütung zu fordern berechtigt, als derselbe in den Nutzen des Anderen wirklich verwendet ist. Daß aber diese Regel nicht ohne Ausnahme bleiben darf, liegt auf der Hand; es würde jeden Vermögens-Verkehr unmöglich machen, wenn jeder frühere Besitzer einer Sache, die demnächst in den Besitz eines Anderen gekommen oder in dessen Nutzen verwendet worden, sie von dem Anderen zurück oder für den Werth Vergütung fordern dürfte. Darum ist denn auch in den §§ 277, 280 verordnet, daß das Gegebene weder zurück, noch für den Werth Vergütung gefordert werden darf, wenn es auf Grund eines lästigen Vertrages oder in freigebiger

auf demselben Prinzip der Billigkeit beruht, wie der Anspr. aus der Bereicherung, auf dem Grundsatz, daß Niemand aus dem Vermögen eines Anderen ohne rechtlichen Grund einen Nutzen, Vortheil zu seiner Bereicherung (I 7 §§ 204, 212; 13 §§ 231, 232, 233, 238, 240—245, 253, 254, 260, 262, 274—276, 280 h. t.) mit dessen Nachtheil haben soll. Die Verwendung setzt nur nach dem gewöhnlichen Wortverstande enger als die Bereicherung, die schon in dem bloßen Haben oder Behalten aus den Händen eines Anderen bestehen kann, voraus, daß durch einen wirthschaftlichen Akt irgend welcher Art dem Anderen aus dem Vermögen des Einen etwas so in das des Anderen gelangt ist, daß er Nutzen davon hat. Die wirthschaftlichen Akte dieser Art können sehr verschieden sein, in der Uebertragung des Eigenthums von Sachen, in der Erhaltung oder Verbesserung von Sachen durch Handlungen oder Leistungen, in Handlungen oder Leistungen, in Begründung von Rechten oder Befreiung von Verpflichtungen bestehen, §§ 230, 232, 262, 263, 268, 269, 270, 272. Daß namentlich auch durch Handlungen, Dienstleistungen des Klägers oder seiner Leute ohne direkten Aufwand aus dem Vermögen oder durch Veranstaltungen anderer Art nützl. Verw. begründet werden kann, wenn dadurch für den Bekl. eine nöthige oder nützliche Leistung geschehn, eine Ausgabe erspart oder eine Verpflichtung erfüllt, ist nach § 232 h. t., § 874 I 11 nicht bedenklich. ObTr. 15 S. 206, wo es sich um Leistung von Arbeiten in der Wirthschaft eines Anderen durch das eigene Dienstmädchen handelte, StrA. 2 S. 144; OHG. 11 S. 137 (Leistung von Fuhren durch ein Pferd und den bedienenden Knecht im Geschäft des Anderen), StrA. 19 S. 58 (Leistung von Diensten in der Haus- u. Feldwirthschaft ohne Abrede eines Gesindelohns. Nützlich verwendet ist, was zur Erhaltung der Substanz einer Sache nothwendig verausgabt, womit nothwendige oder nützliche Ausgaben für einen Anderen bestritten, was zur Abwendung einer Gefahr verwendet, §§ 234, 270 h. t. Ein Beispiel zu § 270 h. t. giebt StrA. 7 S. 102, wo es sich um Ersatz für Fouragelieferungen an die französ. Armee im Jahre 1807 handelte, die vom Kläger geleistet, weil die mit den Requisitionen angegangenen und für den Fall der Nichtlieferung mit Plünderung bedrohten Stände des Kreises dazu unvermögend gewesen waren. Vgl. Instr. v. 9. Juli 1812 (GS. S. 130) § 9. Nützliche Verw. enthält die Leistung, durch welche die Verpflichtung des Anderen erfüllt oder ihre Erfüllung ersetzt wird, — Verpflegung eines erkrankten Dienstboten im Krankenhause für die verpflichtete Dienstherrschaft, Verpflegung eines Armen durch den Armenverband an Stelle der verpflichteten Verwandten oder durch einen nicht verpflichteten Dritten an Stelle der verpflichteten Verwandten

Absicht gegeben ist. Das Recht auf Rückforderung oder Werths-Vergütung steht aber auch nur Demjenigen, von welchem der Empfänger die Sache ohne anderweiten Rechtsgrund überkommen hat, und nicht auch Demjenigen zu, von welchem der Geber sie seinerseits erworben hat. Wenn Jemand eine Sache veräußert und der Erwerber sie zum Besten eines Dritten verwendet hat, so kann der ursprüngliche Veräußerer nicht behaupten, daß die Sache, wie im § 262 cit. vorausgesetzt ist, aus seinem Vermögen in den Nutzen des Dritten verwendet sei; vielmehr ist, da die Sache bereits aus seinem Eigenthume in das seines Kontrahenten übergegangen war, dieser Erwerber als Derjenige anzusehen, aus dessen Vermögen die Verwendung erfolgt ist. So wird denn auch, wenn Jemand, mit einem Anderen, einen Kaufvertrag abgeschlossen und der Käufer die gekaufte Sache zum Besten eines Dritten verwendet hat, durch diese Verwendung zwischen dem Verkäufer und dem Dritten gar kein Rechtsverhältniß begründet. Gegen den Käufer hat der Verkäufer einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises erworben; damit sind aber auch seine Befugnisse abgeschlossen. Wie der Käufer die erkaufte Sache verwendet, ob für sich oder zum Besten eines Dritten, dies berührt nicht den Rechtskreis des Verkäufers; und wenn der Käufer zu Gunsten eines Dritten darüber verfügt, so mag zwar dem Käufer unter Umständen ein Recht auf Rückforderung oder Werths-Vergütung gegen den Dritten zustehen; der Verkäufer aber erwirbt aus dieser Handlung des Käufers kein Recht gegen den Dritten. Wollte man dem Verkäufer ein solches Recht einräumen, wollte man also annehmen, daß jedem Veräußerer einer Sache dadurch, daß der Erwerber sie zum Nutzen eines Dritten verwendet, ein Anspruch gegen diesen Dritten erwüchse, so würde Niemand auch von dem redlichen Besitzer mit Sicherheit das Eigenthum einer Sache erwerben können, welche sich bereits im Eigenthum eines Vorbesitzers befunden hat.

---

oder des verpflichteten Armenverbandes, vgl. zu II 5 u. zu II 19, — an sich auch die Bezahlung fremder Schuld. In letzterem Falle tritt aber der Zahler (falls nicht Mandat oder neg. g. vorliegt) von selbst in das Recht des Gläubigers nach der Bestimmung des Gesetzes, I 16 §§ 43, 46 ff., ebenso der Armenverband in das Recht des Unterstützten gegen andere Verpflichtete, § 62 Ges. v. 6. Juni 1870; Unfall-VersicherGes. v. 6. Juli 1884 §§ 8, 95—98; Krankenversicherungsges. v. 15. Juni 1883 § 57. Beispiele anderer Art nützl. Verw. vgl. unter Nr. 243 und im Folgenden.

In gewissen Fällen hat das Gesetz selbst den Begriff der nützl. Verw. einschränkend bestimmt. Vgl. Erk. b. Nr. 215, Bd. 2 S. 323. Nach § 271 h. t. sind Ausgaben für einen Unfähigen nur für nützl. Verw. zu erachten, wenn die Gefahr so dringend, daß der Unfähige nicht Zeit hatte, den Konsens dessen einzuholen, unter dessen Aufsicht er steht. Nach §§ 690, 711, 862 I 11 sind Darlehen und kreditirte Sachen für kreditunfähige Militärpersonen nützlich verwendet nur, wenn sie zu Dienstausgaben nicht nur gemacht, sondern auch wirklich verwendet und die vorherige Nachsuchung des Konsenses nicht möglich. Vgl. auch § 708 I 11. Ebenso beschränken den Begriff die §§ 129, 130 II 2 bezüglich des Vaters von Kindern in seiner Gewalt. Vgl. dort die streng daran festhaltende Praxis. Grade in diesen Fällen zeigt sich der Unterschied des Anspr. aus der v. i. r. und des mit der c. s c. verfolgbaren Anspr. aus der Bereicherung auf das Vorhandene, wie unt. Nr. 243 bereits hervorgehoben. Vgl. auch weiter unten.

Die Voraussetzungen des Anspruchs aus der v. i. r. sind im Uebrigen dieselben wie bei dem Anspr. aus der Bereicherung, Nr. 243. Die Klage setzt Abwesenheit eines Vertragsverhältnisses in dem unter Nr. 243 erörterten Sinne voraus und ist insofern nur eine subsidiäre. Dagegen ist sie keine actio adjectitiae qualitatis wie die römischrechtliche actio de in rem verso, die völlig andere Grundlagen hatte als die Klage aus der nützl. Verw. des Preuß. Rechts. Daß bei dieser völlig anderen Grundlage für den Anspruch nicht wie bei der römischrechtlichen actio de in rem verso aus ihrer Natur als adjectitiae qualitatis die Vermittlung der Verwendung durch einen Dritten bez. dessen Rechtsgeschäft erforderlich, ist nicht mehr streitig. (Dagegen war nur allein Koch.) Was Suarez über die Klage ex v. i. r. sagt, vgl. Erk. b., der von ihm angeführte Hauptfall derselben läßt darüber keinen Zweifel. Sehr streitig ist dagegen die im Erk. a. behandelte Frage, ob der Anspruch die unmittelbare Verwendung durch den Geber für den Empfänger voraussetzt und

Allerdings kann zwar dadurch, daß Jemand eine Sache im Auftrage oder mit nachträglicher Genehmigung eines Dritten für diesen erwirbt und sie demnächst in dessen Nutzen verwendet, auch zwischen dem ursprünglichen Veräußerer und dem Dritten ein Rechtsverhältniß, namentlich das Recht des Veräußerers, von dem Dritten eine Gegenleistung zu fordern, begründet werden. In einem solchen Falle bildet aber nicht die Verwendung der veräußerten Sache, sondern der Vertrag, welchen der Beauftragte für seinen Machtgeber abgeschlossen hat, den Rechtsgrund, welcher den letzteren zu einer Gegenleistung verpflichtet. Diese Gegenleistung hat auch nicht in der Rückgabe der Sache oder der Vergütung ihres Werthes, sondern in der Gewährung des bedungenen Preises zu bestehen. Endlich ist auch für den vorliegenden Fall nicht festgestellt, daß der Inspektor die in Rede stehenden Naturalien im Auftrage oder mit nachträglicher Genehmigung des Verklagten für diesen erkauft habe. Vielmehr hat er lediglich in der Thatsache, daß das Stroh und der Hafer für das dem Verklagten gehörige Gut verwendet sind, den Rechtsgrund für die Vergütungspflicht des Verklagten gefunden.

Wollte man diese Ansicht als Norm für das Rechtsverhältniß des Prinzipals zu den Erwerbungen und Verwendungen seines Verwalters anerkennen, so würde man damit alle diejenigen, welche ihr Besitzthum durch einen Andern verwalten zu lassen genöthigt sind, Gefahren Preis geben, welche abzuwenden gerade in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Im § 127 I 14 ALR. ist verordnet, daß dem Verwalter Kredit für gelieferte Sachen oder Arbeiten nur soweit gegeben werden darf, als es im Laufe der von ihm betriebenen Geschäfte gewöhnlich ist, oder ohne dergleichen Kredit das Geschäft selbst nicht gehörig betrieben werden kann. Diese Vorschrift würde alle Bedeutung verlieren, wenn der Prinzipal verpflichtet sein sollte, dem Verkäufer jeder von seinem Verwalter auf Kredit gekauften Sache ohne

---

durch den Dazwischentritt eines Dritten und eines Rechtsgeschäfts desselben ausgeschlossen wird. Ist der Dritte mit Bezug auf den Empfänger aufgetreten, als Mandatar oder neg. gestor, und durch ihn aus dem Vermögen des Vertenten in das desjenigen, für den er gehandelt, etwas gelangt, ohne daß derselbe durch das Handeln für ihn verpflichtet, kann ein Anspruch aus der Verwendung sehr wohl begründet werden, ebenso wie in dem Falle der Bereicherung des Geschäftsherrn durch eine rechtlose Handlung des Handlungsbevollmächtigten die Klage aus der Bereicherung gegen den Herrn geht, RG. 12 S. 105. (Veranstalten eines Nachdrucks durch den Handlungsbevollm. ohne Wissen des Herrn.) OHG. 11 S. 136. (Verwendung durch Vertreter des Empfängers.) Nicht blos der Mandatar, der ohne oder unter Ueberschreitung der Vollm. gehandelt, und der neg. g., sondern auch der Dritte hat in solchem Falle gegen den dominus, der einen Vortheil erlangt, ohne das Handeln selbst zu genehmigen oder genehmigen zu müssen, einen Anspruch aus der Verwendung nach §§ 222, 230, 262 h. t. Erk. b. In Frage kommt dagegen, ob dasselbe gilt, wo der Dritte nicht mit Bezug auf den Empfänger aufgetreten, sein Handeln nicht die direkte Vermittlung für den Uebergang aus dem Vermögen des Vertenten in das des Empfängers bildet, sondern die Mittelsperson selbst und für sich selbst aus dem Vermögen des Vertenten empfangen und das so Empfangene, also aus eignem Vermögen, weitergegeben hat. Solchen Anspruch läßt das Gesetz im Fall anfechtbarer Rechtsgeschäfte im § 7 Abs. 2 des Ges. v. 21. Juli 1879, § 30 Abs. 2 D. KonkO. gegen den Dritten, der unentgeltlich empfangen, zu, auch wenn er in bona fide, giebt ihn aber nicht dem Geber, sondern seinen Gläubigern. Weder dieser Fall, noch der auf dem Eigenthum beruhende Anspruch des wahren Erben gegen den Dritten (§ 496 I 9; §§ 842, 847 ff. II 18), auch nicht der in §§ 275, 276 h. t. behandelte Fall, in welchen die gegen den unmittelbaren Empfänger bereits begründete Versionsklage gegen den Dritten unentgeltlichen Empfänger erstreckt wird, gehört hierher. In §§ 1164, 1165 I 11 wird die condict. des widerrufenden Schenkers nur gegen den Empfänger und dessen Erben statuirt. Von alledem ist der Fall des Erk. a. offenbar verschieden. Die praktische Bedeutung der Frage zeigt sich in ff. Fällen. In StrA. 10 S. 142 hatten vier Kinder ihr Muttererbtheil dem Vater zur Verwaltung übergeben. Nach Behauptung der klagenden Tochter hatte sie aus dem Vermögen weniger als ihren Theil, das Fehlende der eine Bruder erhalten und das Erhaltene in das von ihm mit dem Vater und einem zweiten Bruder gemeinschaftlich betriebene Handelsgeschäft gesteckt. Nach Eröffnung des Konkurses über das Handelshaus klagte sie gegen die

alle Rücksicht darauf, ob die Kreditnahme nothwendig oder auch nur gewöhnlich gewesen, noch nach Jahren für den Werth lediglich darum aufzukommen, weil die Sache, deren Erwerbspreis dem Prinzipal von dem Verwalter vielleicht längst in Rechnung gestellt ist, in sein Besitzthum verwendet worden. Auch würde die Andeutung des App.-Richters, daß der Prinzipal den Verwalter zur Vorzeigung seiner Rechnungs-Beläge anhalten müsse, wenig geeignet sein, die Nachtheile und Gefahren abzuwenden, welche eine solche Auslegung der Gesetze für den Prinzipal herbeiführen müßte. Denn abgesehen von dem Zeitverluste, welchen ein gegen den Verwalter anzustellender Prozeß auf Rechnungslegung mit sich brächte, würde der Prinzipal nach § 139 I 14 auch erst nach Ablauf des Rechnungsjahres auf Einreichung der Rechnung nebst Belägen dringen dürfen, und innerhalb dieses Jahres könnten, wenn jene Ansicht richtig wäre, aus Ankäufen des Verwalters gegen den Prinzipal die mannigfachsten Ansprüche geltend gemacht werden. Hierzu kommt aber auch, daß ein Verwalter, welcher absichtlich unrichtige Rechnungs-Buchungen vorgenommen hätte, auch keinen Anstand nehmen würde, falsche Beläge vorzuzeigen, und daß sich daher der Prinzipal nur durch Einforderung gerichtlich oder notariell beglaubigter Ausgabe-Beläge würde sicher stellen können, welche zu beschaffen der Verwalter überdies nach § 160 I 10 AGO. nicht einmal verpflichtet sein würde.

Es ergiebt sich hieraus, daß der Anspruch des Klägers, insoweit er ihn aus der nützlichen Verwendung herleitet, unbegründet ist. Ebensowenig kann der Kläger den Verklagten als Machtgeber seines Kontrahenten in Anspruch nehmen, da er nicht behauptet hat, daß dem Letzteren die bei der Höhe des Objekts nach § 131 I 5, § 8 I 13 ALR. erforderlich gewesene schriftliche Vollmacht ertheilt gewesen sei. Auch aus nachträglicher Genehmigung der in Rede stehenden Kaufgeschäfte ist der Verklagte dem Kläger nicht verhaftet; denn wenn er auch aus den ihm gelegten Wochen-Rechnungen ersehen haben mag, daß der Inspektor jene Ankäufe bewirkt hat,

---

Masse auf Herausgabe ex v. i. r., §§ 236, 237 I 17. Das ObTr. wies ab, weil diese §§ ebenso wie § 262 h. t. den unmittelbaren Uebergang des Verwendeten aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen voraussetzen. In StrA. 11 S. 315 hatte A. an B. Bauholz geschickt und forderte Zahlung des Werths mit der Behauptung, daß C. das Holz im angeblichen Auftrage des B. für denselben bestellt, B. es erhalten, empfangen und in den Bau verwendet, aus dieser Verwendung verhaftet. Obwohl erwiesen wurde, daß C. die Ausführung des Baues auf seine Kosten durch Vertrag mit B. übernommen, aus welchem B. ihm zur Zahlung des Holzes verpflichtet, verurtheilte der 2. Richter ohne Weiteres ex v. i. r. Das ObTr. vernichtete, hier mit der Begründung, daß, wenn C. zur Beschaffung des Holzes verpflichtet, B. es nicht für sich empfangen und es nicht seinem Vermögen zugewendet. In StrA. 73 S. 154 hatte A. für den Neubau des B. Schieferdeckerarbeiten geliefert. Der Klage auf Zahlung setzte B. entgegen, daß nicht er, sondern C. bestellt. Der 2. Richter verurtheilte ohne Weiteres aus § 268 h. t., wogegen das ObTr. vernichtete unter Hinweis auf Erk. a. und den Satz, daß, was der Empfänger als vertragsmäßige Leistung von einem Anderen zu fordern und erhalten habe, nicht als nützliche Verwendung gelte, wenn ein Dritter es geleistet habe. In StrA. 77 S. 69 hatte der Rentmeister des A. in eignem Namen von B. für das Gut des A. Früchte gekauft. Als B. von ihm Bezahlung nicht erhalten konnte, klagte er gegen A. auf Zahlung des Kaufpreises, weil die Früchte in das Gut verwendet. Das ObTr. wies gegen beide Instanzen ab, weil der Rentmeister, der nicht Verwalter war, durch den Kauf Eigenthümer geworden, die Früchte daher aus seinem Vermögen, nicht dem des B. verwendet. In StrA. 87 S. 283 hatte der Kläger an Wirthschaftsbeamte des Beklagten, die in eignem Namen kontrahirt, Kohlen geliefert. Die Klage ex v. i. r. wurde hier übrigens wesentlich abgewiesen, weil nicht einmal erwiesen, daß der Bekl. die Kohlen übernommen, sie in der Wirthschaft verwendet.

Anders lag, aber auch wesentlich anders behandelt ist der Fall des Erk. b. In demselben wird das Dazwischentreten des Vertrages mit der Mutter nicht als den Anspruch aus der v. i. r. hindernd angesehn, allerdings wesentlich aus dem Gesichtspunkt, daß die Mutter als n. gestor anzusehn. In den Gründen müßte es statt „die Ansprüche gegen den neg. gestor beruhen auf demselben Prinzip, wie die Ansprüche aus der v. i. r." heißen: „die Ansprüche gegen den dominus negotii." Aehnlich wie Erk. a. lag dagegen StrA. 56 S. 364. Hier hatte A. bei B. Cigarren bestellt, geliefert erhalten, die Cigarren waren in

so ist doch in diesen Rechnungen zugleich der Kaufpreis für die erkauften Naturalien in Ausgabe gestellt gewesen; die aus dem Inhalte der Rechnungen und deren Annahme etwa zu folgernde Genehmigung des Verklagten kann daher nicht auf die kreditweise Entnahme der Naturalien, sondern nur auf den gegen sofortige Baarzahlung erfolgten Ankauf bezogen werden. Sonach könnte sich nur noch fragen, ob dem Kläger etwa § 127 I 14 ALR. zur Seite steht, nach welchem dem Verwalter Kredit für gelieferte Sachen insoweit gegeben werden darf, als es im Laufe der von ihm betriebenen Geschäfte gewöhnlich ist, oder ohne solchen Kredit das Geschäft selbst nicht gehörig betrieben werden kann. Daß aber diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Kläger nicht behauptet, wie denn auch ein Kreditgeben über die Zeit der nächsten Ernte hinaus, welches hier stattgefunden hat, selbst dann nicht würde zu rechtfertigen sein, wenn auch die gelegten Rechnungen nicht ergeben hätten, daß H. zur Zeit der Ankäufe mit mehr als ausreichenden Zahlungsmitteln versehen gewesen ist.

Gründe: b. Die Verurtheilung des Verklagten gründet der zweite Richter auf die nützliche Verwendung. Unangefochten stellt er fest, daß die Verklagten den Pachtkontrakt ihres Vaters und Erblassers mit dem Verpächter des Guts fortgesetzt haben, weil sie aus demselben nicht ausgeschieden. Der § 366 I 21 ALR., welcher die Pflicht der Erben des Pächters zur Fortsetzung auf Ein Jahr beschränkt, kommt also hierbei gar nicht in Betracht. Ebenso ist die Nothwendigkeit der Reparaturen und der Betrag in quanto unangefochten festgestellt. Die Verwendung selbst findet der Richter nicht in der behaupteten Verschaffung eines Gewinnes, so daß er in dieser Hinsicht auf die besonderen Vorschriften der §§ 267, 274 I 13, welche sich auf Unfähige beziehen, nicht rekurrirt hat. Die direkte Verwendung von Sachen und Arbeiten in das Vermögen eines Anderen ist jedoch nicht die einzige

---

das Geschäft der Mutter des A. gelangt. Nachdem die Klage gegen die Mutter aus dem Kaufe abgewiesen, drang die Klage aus der nützlichen Verwendung durch. Die Frage, ob sie überhaupt zuzulassen, ist in diesem Falle nicht erörtert oder in Frage gestellt, sondern lediglich, ob die angemessenen Preise zu fordern oder der Erlös aus dem Verkauf der Cigarren durch die Mutter darzuthun. Beide Fälle enthalten in ihrer Entscheidung eine bemerkenswerthe Abweichung von dem allgemeinen Satze des Erk. a., welcher die Versionsklage unterschiedslos abschneidet, wo die Verwendung nicht unmittelbar erfolgt. In der Entsch. des Erk. b., wo die Mutter im eignen Namen bestellt, ist der Rechtssatz, wenn nicht ausgedrückt, so doch enthalten, daß die Versionsklage gegeben, wenn die Mittelsperson thatsächlich (oder rechtlich) in den Angelegenheiten des Versionsbeklagten gehandelt hat, sei es als Mandatar oder neg. gestor, wenn auch im eignen Namen. Dies entspricht wesentlich dem jetzigen Standpunkt des gem. R., welches früher übrigens viel weiter ging, § 4 J. 4, 7; l. 3 § 2 D. 15, 3; l. 7 § 1 C. 4, 26. (Vgl. aber OHG. 7 S. 430, wo für gem. R. gefordert, daß der Dritte ersichtlich für den Versionsbeklagten aufgetreten ist.) Denselben Standpunkt nimmt für das LR. das RG. ein, weiter geht das OHG. In OHG. 3 S. 377 hatte A. seine Tabacksernte an B. jun. gegen baare Zahlung und Wechsel verkauft, übergeben, den Wechsel nicht bezahlt erhalten können, weil B. jun. fruchtlos exequirt. Er klagte sodann ex v. i. r. gegen den Vater B. mit der Behauptung, daß B. jun. dessen Kommis und Aufkäufer, der Taback in die Fabrik des B. sen. gelangt und dort verarbeitet und verkauft. Der Beklagte berief sich auf § 277 h. t. und darauf, daß er, was er erhalten, aus dem Vermögen des Sohnes erhalten. Das OHG. ließ die Klage zu. Erforderlich sei für die Klage nach Preuß. R. nur die Abwesenheit eines Vertragsverhältnisses und daß aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen etwas so übergegangen, daß letzteres auf Kosten des ersteren vermehrt. Das Moment der Vermittlung durch einen Dritten sei fortgefallen, der Begr. der nützl. Verw. gegenüber der gemeinrechtl. act. adj. qual. erweitert, die juristische Form des Uebergangs des Vermögensvortheils ungewiß gelassen, das Rechtsgeschäft eines Dritten als solche aber nicht ausgeschlossen, wenn nur daneben die Merkmale der nützlichen Verw. vorhanden. Dies sei im konkreten Falle anzunehmen, wenn der Sohn den Taback an den Vater nicht verkauft, sondern als dessen Aufkäufer gehandelt, für den Vater, der Vater für sich erworben. Auch OHG. 11 S. 136 stellt unter Bezug auf OHG. 3 S. 377 den allgemeinen Satz auf, daß es nicht darauf ankomme, durch wen die Verwendung er-

Art der nützlichen Verwendung. Die Bestreitung nöthiger und nützlicher Ausgaben für denselben wird nach § 268 auch dazu gerechnet, und dazu gehören nach § 269 Ausgaben, zu welchen Jemand durch die Gesetze verpflichtet ist, also die Erfüllung kontraktmäßiger Verbindlichkeiten eines Andern. Der App.-Richter hat nun ebenfalls festgestellt, daß kontraktmäßig die Verklagten als Pächter die Brennerei fortsetzen und den Brenn-Apparat in gutem Stande abliefern müssen, daß sie letzteres gethan haben, und daß die von dem Kläger bewirkten nothwendigen Reparaturen sie hierzu in den Stand gesetzt haben. Nach dieser Feststellung kann von einer Verletzung der allegirten §§ 268, 269 und auch des § 266 a. a. O., welcher den Begriff der nützlichen Verwendung giebt, die Rede nicht sein, da hiernach der Kläger in der That eine Verbindlichkeit erfüllt haben würde, nämlich die Instandhaltung und Reparatur des Brenn-Apparats, welche den Verklagten oblag. Insofern auf die Minderjährigkeit der Verklagten und den § 274 a. a. O. Rücksicht genommen wurde, steht diese Vorschrift bei dieser Art der nützlichen Verwendung nicht entgegen, denn die Befreiung von einer kontraktmäßigen Verbindlichkeit gewährt einen bleibenden Vortheil. Was aber endlich das Vorhandensein des Vertrages anbelangt, welchen Kläger mit der Wittwe Sch. abgeschlossen, so ist es ein Verkennen der §§ 277 ff., wenn Implorant aus der Existenz desselben herleiten will, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung unzulässig sei. Denn dies ist nur anzunehmen, „wenn kein rechtlicher Vertrag unter den Parteien vorhanden ist." Das Vorhandensein eines Vertrages mit der nicht zu den Parteien gehörenden Wittwe steht also nicht entgegen. Daß die Wittwe nicht mit dem Kläger mandatarii nomine, sondern in eigener Person kontrahirt, hat der Richter, den eigenen Anführungen des Klägers folgend, ausdrücklich und unangefochten festgestellt. Von dieser Grundlage aus steht also der Kläger nicht im Kontraktsverhältnisse mit den Verklagten, und es wäre nur anzunehmen, daß

---

folgt, sondern wem sie zu gute gekommen und daß ein Vertragsverhältniß zwischen dem Versionskläger und einem Dritten, mittelst dessen das Objekt in das Vermögen des Versionsbeklagten gelangt, dem Anspr. ex v. i. r. nicht entgegenstehe.

Vom RG. ist die Frage behandelt in RG. 1 S. 143, S. 159 u. 4 S. 240. Im ersteren Falle hatte A. an B. Eisentheile zu einem Mühlenbau geliefert, Zahlung nicht erlangen können. B. war Stiefvater des C. und das Eisen von ihm im eignen Namen für die Mühle des C. angeschafft, für die Mühle auch verwendet. Im zweiten Falle hatte der Ehemann vom Kläger Dungstoffe gekauft und in das Gut seiner Ehefrau, mit der er in getrennten Gütern lebte, verwendet; das Gut war dadurch um den Betrag des Preises verbessert. Nach dem Tode des vermögenslosen Mannes nahm Kläger die Frau aus der v. i. r. in Anspruch. Im letzten Falle hatte A. dem B. die Erbauung eines Wohnhauses in Entreprise gegeben, B. seinerseits dem C. die Lieferung gewisser Arbeiten und Materialien übertragen. Als B. diese Arbeiten und Materialien als ungenügend nicht gelten lassen wollte, inhibirte und nicht annahm, erklärte die Ehefrau des A. dem C., er solle nur weiter arbeiten, sie und ihr Mann würden bezahlen. Nach dem Tode des Mannes klagte C. gegen die Wittwe und die Kinder, die als Erben das Haus besaßen, aus der nützlichen Verwendung. (Die Klage aus dem Vertrage gegen die Ehefrau war nach § 389 II 1 nicht zuläßig.) In allen diesen Fällen ist die Versionsklage an sich zugelassen, im ersten Falle die Behauptung des C., daß er das Eisen von seinem Stiefvater nicht blos zum Schein gekauft, für erheblich erachtet, im dritten Falle aus gleichem Rechtsgrunde die Klage abgewiesen, weil nicht feststand, ob die Beklagten nicht aus dem Vertrage mit B. für die von C. gelieferten Arbeiten dem B. gegenüber verhaftet. Ausführlich begründet ist der vom ObTr. Erk. a. abweichende Standpunkt im RG. 1 S. 143, in RG. 1 S. 159 am klarsten der Satz aufgestellt, daß der Beklagte ex v. i. r. hafte, wenn das vermittelnde Rechtsgeschäft von der Mittelsperson thatsächlich oder rechtlich für den Empfänger abgeschlossen, so daß der Mittelsperson die act. mand. oder neg. g. contr. zustehen würde. Dabei ist auf §§ 236, 237 I 17, § 324 II 1, § 126 II 2 verwiesen, als Beispiele für die Anerkennung der Versionsklage bei Verwendung durch das Rechtsgeschäft eines Dritten. In RG. 1 S. 143 ist besonders auf die Nothwendigkeit hingewiesen, den konkreten Rechtsakt zu prüfen, der zwischen der Mittelsperson und dem Empfänger stattgefunden und den Uebergang aus dem Vermögen jenes und das des Empfängers bewirkt, um zu ersehn, ob durch denselben der Empfänger der Mittelsperson so verpflichtet, daß

die Wittwe deren negotia mit der Abschließung des Vertrages gerirt habe. Dadurch wird aber der Anspruch aus der nützlichen Verwendung dem Kläger gegenüber nicht ausgeschlossen. Im Gegentheil beruhen die Ansprüche gegen den negotiorum gestor auf demselben Prinzip, wie die Ansprüche aus der nützlichen Verwendung überhaupt, nämlich darauf, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern soll, § 230 I 13 ALR., vgl. l. 206 D. de reg. juris, so daß auch nach dem ursprünglichen Plan der zweite und dritte Abschnitt des 13. Titels ein Ganzes bilden sollten. Daß mithin auch § 424 I 5 nicht verletzt sein kann, und ebensowenig die Natur der Versionsklage, ergiebt sich aus Obigem von selbst.

Gründe: c. Der App.=Richter führt aus, daß das Institut der versio in rem auf demselben Prinzipe wie die neg. g. beruhe, indem der auf die eine oder die andere zu gründende Entschädigungs=Anspruch dadurch bedingt erscheine, daß die Verwendung oder die Geschäftsbesorgung im Hinblick auf ihre künftige Genehmigung durch den Geschäftsherrn und in der Absicht, den letzteren verbindlich zu machen, stattgefunden habe. Diese Voraussetzung treffe jedoch hier nicht zu; denn die Vormundschafts=Akten ergäben, daß sowohl die Verklagte, wie auch ihre Rechtsvorgänger die an sie gerichtete Aufforderung, anstatt der schuldigen Naturalprästationen eine Geldentschädigung zu zahlen, wiederholt entschieden abgelehnt hätten, und aus der gerichtlichen Verhandlung v. 30. Okt. 1844, sowie aus dem Cessionsdokumente v. 10. Dez. 1852 gehe hervor, daß dies dem Kläger bekannt gewesen sei. Zwar habe Verklagte den Taubstummen nicht hindern können, ihr Kolonat zu verlassen und sich ein anderes Unterkommen zu suchen. In ihren Erklärungen liege jedoch der deutlichste Protest gegen alle aus jener eigenmächtigen Handlungsweise abzuleitenden Ersatzansprüche. Der Kläger habe mithin unmöglich die Ab=

---

eine Bereicherung nicht stattgefunden. Danach würde im Ergebniß auch die Entscheidung im Erk. a., in StrA. 11 S. 315; 73 S. 154 begründet sein, im Falle des Erk. a. namentlich die Bereicherung fehlen, weil dem Bekl. der Preis des Hafers und Strohs in Rechnung gestellt, dasselbe also durch einen ihn verpflichtenden Rechtsakt in seine Hände gelangt war und insofern die Bereicherung fehlte. Die §§ 324 II 1, 126 II 2 können für den obigen Rechtssatz der Verpflichtung durch nützl. Verw. bei dem Rechtsgeschäft eines Dritten, falls dieses faktisch oder rechtlich für den Empfänger geschlossen, insofern angezogen werden, als das Gesetz in jenen Bestimmungen davon ausgeht, daß Ehefrau und Kind in Angelegenheiten des Ehemanns bez. des Vaters gehandelt haben. In beiden Fällen haftet deshalb der Ehemann, vgl. zu § 324 II 1, bez. der Vater allein. Wo die Haftung des Vaters ausgeschlossen, können Kinder in väterl. Gewalt nach Aufhebung derselben aus der nützl. Verw. in Anspruch genommen werden, § 133 II 2. Die §§ 236, 237 I 17 haben Verwendung durch die Mittelsperson des socius, der dann gleicherweise als in Angelegenheiten der Societät handelnd zu denken, ebenso wie die unmittelbare Verw. im Auge. Sie lassen zugleich das Prinzip erkennen, daß solidarische Haftung aus der v. i. r. nicht stattfindet, ebenso wenig wie die Grundsätze von der aktiven Korrealobligation auf den Anspruch aus der v. i. r. anwendbar. Vgl. darüber StrA. 26 S. 193 unt. Nr. 89, Bd. 1 S. 369 u. unter Nr. 123, Bd. 1 S. 559, 560.

Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

1. Kein Vertragsverhältniß. In StrA. 20 S. 205 hatte A. an B. eine bäuerliche Stelle verkauft und zugleich die Ernte eines Pachtackers, ohne daß für letztere ein besonderer Preis verabredet und ohne daß die Sache so lag, daß ihr Preis in dem für die Stelle verabredeten enthalten. Aehnlich hatte in StrA. 55 S. 151 A. an B. ohne Preisbestimmung in zwei Jahren Dünger geliefert. Die Behauptung des B., daß ihm unentgeltlich für Gefälligkeiten geliefert, wurde widerlegt. In beiden Fällen ist der Anspr. als solcher ex v. i. r. behandelt. Nach dem unt. Nr. 195, Bd. 2 S. 63 Gesagten konnte aber in beiden Fällen Kauf mit der stillschweigenden Abrede des üblichen oder angemessenen Preises angenommen werden.

2. Die Verwendung muß aus dem Vermögen des Versionsklägers zum Vortheil des Beklagten in dessen Vermögen geschehn, so daß ersterer benachtheiligt, letzterer bereichert. Davon konnte in dem unt. Nr. 242 S. 618 erwähnten Falle OHG. 16 S. 54, 56

sicht haben können, der Verklagten durch die Alimentation des R. einen Vortheil zuzuwenden oder sich dieselbe zu verpflichten, und wenn ihr auch das Verfahren des Klägers zufällig Vortheil gebracht habe, so werde doch der Letztere hierdurch noch nicht zu einer Entschädigungs-Forderung berechtigt.

Hierdurch sind die §§ 233, 234, 238, 280, 262, 264, 268 bis 270 I 13 ALR., woraus die Verschiedenheit der neg. g. von der nur durch die Thatsache der geschehenen Verwendung bedingten versio in rem hervorgeht, verletzt. Der App.-Richter beruft sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht auf Suarez rev. monit. Doch steht ihm die an der angeführten Stelle enthaltene Aeußerung des Letzteren keineswegs zur Seite, indem dieselbe folgendermaßen lautet: Dieser Titel (Abschnitt) enthält eigentlich zweierlei Materien, nämlich die Lehre de negotiis gestis und de versione in rem. Beide kommen darin überein, daß sie aus dem gemeinschaftlichen Prinzipe entspringen, „quod nemo locupletior fieri debet cum damno alterius“ und daß also derjenige, cujus negotium gestum und in cujus rem versum est, dem gerenti oder vertenti in quantum locupletior factus est, gerecht werden muß. Beide sind aber auch sehr von einander verschieden. Bei der negotiorum gestio erlangt der gerens, welcher in alterius utilitatem etwas vorgenommen hat, ein Recht an den, cujus negotia gesta sunt; bei der versio kommt das Recht demjenigen zu, ex cujus peculio versum est. Bei der negotiorum gestio werden regulariter nur ignorantis negotia gerirt. Bei der Version kommt es nicht darauf an, ob der, in cujus rem versum est, solches gewußt hat, oder nicht. Die actio de in rem verso tritt hauptsächlich ein, wenn mit Jemand kontrahirt worden, der zum Kontrahiren unfähig ist. Dieser ist ex contractu nicht verhaftet, er kann es aber ex versione in rem sein.

Als das gemeinsame Fundament der aus der neg. g. und der versio in rem

---

und in StrA. 44 S. 270 (französ. R.) nicht die Rede sein. In letzterem hatte A. auf seinem Grundstück Tuffsteinbrüche, die zeitweilig unter Wasser gesetzt wurden, und zur Abführung des Wassers mit vielen Kosten einen unterirdischen Kanal angelegt, der das Wasser abführte und zugleich die Steinbrüche anderer Besitzer in gleicher Lage trocken legte. Er forderte von diesen Entschädigung, ist indessen abgewiesen, da ihm die neg. g. contr. nicht zustand, weil er nur im eignen Interesse gehandelt und nur in suo eine Veranstaltung vorgenommen. Ebenso würde nach Preuß. R. auch die Klage ex v. i. r. nicht begründet sein, weil durch die Verwendung des Klägers ebenso wie in OHG. 16 S. 54 direkt nichts in das Vermögen der Bekl. gelangt oder für dasselbe geschehn war, der indirekte Vortheil, den sie aus dem Handeln des Klägers zogen, sie nicht verpflichtete, keine nützl. Verwendung, keine Bereicherung mit dem Schaden des Klägers, enthielt. Ohne dies würde durch kostbare Anlagen, die Jemand auf seinem Grundstück macht, der Nachbar, der davon indirekt Nutzen hat, verpflichtet werden können, obwohl er nicht Willens oder in der Lage, solche Anlagen selbst vorzunehmen, weil ihm der bisherige Zustand genügt hat. Selbst bei Vornahme von Anlagen nicht in suo, sondern auf dem Eigenthum des Anderen, kann dieser Gesichtspunkt in Betracht kommen, um den Gesichtspunkt der Bereicherung oder nützl. Verwendung abzulehnen, vgl. §§ 241 ff. h. t.; l. 10 § 1 D. 3, 5. In das Vermögen des Bekl. war nichts gelangt auch in ObTr. 46 S. 301 (StrA. 41 S. 59), wo die Gerichtskasse den Anspruch auf die durch Liquidation einer Forderung im Konkurse entstandene Kosten, für die der Liquidant persönlich verhaftet, gegen den Cessionar dieser Forderung auf v. i. r. stützte. Auch aus dem Vermögen der Kasse war hier nichts herausgezogen. Vgl. auch den jetzt gesetzlich durch § 16 des Wahlges. v. 31. Mai 1869 geordneten Fall ObTr. 69 S. 277 (Kosten der Städte für Ausübung des Wahlrechts als eines eignen Rechts keine Auslage für den Staat.)

Die Bereicherung des Einen muß mit dem Schaden des Anderen erfolgt sein; der Anspruch auf jene reicht soweit als dieser besteht, nicht darüber hinaus. Darauf beruht auch die Vorschrift des § 232 h. t., wenn er „Handlungen, für die der Versionskläger bezahlt zu werden pflegt“ hervorhebt, wobei freilich auch § 874 I 11 zu beachten ist. In StrA. 2 S. 144 war ohne Grund aus §§ 262, 265, 268 h. t. gefolgert, daß Schade des Versionsklägers nicht erforderlich. In späteren Entscheidungen, StrA. 19 S. 58; ObTr. 46 S. 361 (StrA. 41 S. 59) ist dies aber wieder aufgegeben; es widerspricht auch dem Begr. der Verwendung. Nicht jede Gefälligkeit soll den Anspr. begründen. Darum konnte in ObTr. 15

abzuleitenden Ansprüche findet sich hier nur das Prinzip bezeichnet; daß Niemand sich mit dem Schaden des Anderen bereichern darf; es ist aber nicht zugleich ausgesprochen, daß jene Handlungen in der Voraussetzung einer künftigen Genehmigung des besorgten Geschäfts oder der stattgefundenen Verwendung von Seiten desjenigen, für den gehandelt worden, oder in dessen Nutzen die Verwendung geschehen ist, und mit der Absicht, den Letzteren zu verpflichten, vorgenommen sein müßten. In der That läßt sich auch dadurch namentlich der auf die nützliche Verwendung zu gründende Anspruch nach den diese betreffenden gesetzlichen Vorschriften keineswegs für bedingt erachten. Denn der § 262 I 13 ALR. bestimmt ganz allgemein, daß derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, dasselbe entweder in Natur zurückfordern, oder den Werth vergütet verlangen kann. Der § 265 besagt in gleicher Weise:

> Was Jemand, der über sein Vermögen frei verfügen kann, an Gelde oder Geldeswerth übernommen hat, ist ohne ferneren Beweis für nützlich verwendet zu erachten, —

und es ist hierbei von jener Voraussetzung und Absicht mit keinem Worte die Rede.

Nach § 268 soll ferner dasjenige, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Anderen bestritten worden, als in dessen Nutzen verwendet angesehen werden. Doch genügt es, wenn die bestrittene Ausgabe für denselben nur überhaupt nützlich oder nothwendig war, und es kann nicht darauf ankommen, ob der Vertent sie absichtlich für ihn geleistet hat. Vielmehr erscheint jener diesem selbst dann verhaftet, wenn Letzterer auch von der irrigen Meinung ausgegangen sein sollte, daß er seinerseits zu der Ausgabe verpflichtet gewesen sei, sofern sich nur später herausstellt, daß dies in der That nicht der Fall, sondern, daß der Andere dazu verbunden war, und es leuchtet ein, daß alsdann die Absicht und die Voraussetzung, welche der vorige

---

S. 206, wo der Kläger durch sein Dienstmädchen dem Auszügler häusliche Dienste geleistet, wohl der Einwand des Bekl. in Betracht kommen, daß das Dienstmädchen für die Wirthschaft des Klägers angenommen, für dieselbe nöthig gewesen und ohne besonderen Aufwand die Dienste nebenbei geleistet seien, den das ObTr. ganz unbeachtet läßt. Insofern hat der in StrA. 85 S. 361 ohne nähere Begründung aufgestellte Satz seine beschränkte Berechtigung, daß kein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahin bestehe, daß wer fremdes Eigenthum ohne Rechtsgrund nütze, gerade den gezogenen Nutzen herauszugeben habe (I 14 § 85; 20 § 124), — und zwar insofern, als der Nutzen, den nur der Nutzer mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse hat ziehen können, nicht der Eigenthümer, keine Bereicherung mit dessen Schaden darstellt.

Die Wechselbeziehung zwischen Schaden und Bereicherung kommt namentlich in Betracht bei der Erfüllung von Verpflichtungen für einen Anderen, die nicht in Zahlung einer Geldschuld besteht, welchen Fall das Gesetz in I 16 §§ 43, 46 ff. besonders regelt und wie bereits angedeutet, dadurch, daß es den Zahler in die Rechte des Gläubigers treten läßt, aus dem Gebiete der nützl. Verw. ausscheidet. Bei Ansprüchen eines Armenverbandes gegen die alimentationspflichtigen Verwandten, §§ 17, 24 II 3; §§ 52, 54 II 19, kann daher in Frage kommen, ob die Verwandten, falls sie von dem Nothfalle unterrichtet, die Verpflichtung nicht anders und mit geringeren Aufwendungen hätten erfüllen können, § 62 Ges. v. 6. Juni 1870; StrA. 23 S. 75; 62 S. 134. Darum nimmt auch ObTr. 25 S. 155 richtig an, daß wo mehrere Alimentationspflichtige nur gemeinschaftlich ev. in subsid., d. h. nicht solidarisch, haften, sie auch ex v. i. r. von dem Dritten nur gemeinschaftlich belangt werden können, nicht solidarisch, u. ObTr. 45 S. 420, daß der Armenverband gegen den, der den Unterstützten beschädigt und in Hülfsbedürftigkeit versetzt, ex v. i. r. keinen Anspr. hat, wenn der Anspr. unter diesen durch Vergleich oder Verjährung beseitigt ist, wobei natürlich vorausgesetzt, daß dies geschehn, bevor der Anspruch des Armenverbandes entstanden. Vgl. RG. 2 S. 45 und für gem. R. RG. 4 S. 149. Ebenso ergiebt sich daraus, daß gegen den Armenverband seitens des Dritten, der den Armen unterstützt, der Anspr. nur unter den Bedingungen statthaft, die für den Anspr. des Armen gegen den Verband gesetzlich bestehn, ObTr. 24 S. 245; RG. 3 S. 270; ObTr. 73 S. 239; 82 S. 53 (Rechtsweg). Vgl. zu II 19.

3. Der Anspr. aus der nützl. Verw. beruht wie der aus der Bereicherung auf der Thatsache der Verwendung und des dadurch mit dem Schaden des Verwenders den Anderen zugeführten grundlosen Vortheils. Die Absicht der Verwendung und der Ver=

Richter zur Begründung der Versionsklage für erforderlich hält, bei dem Verlenten nicht für vorhanden erachtet werden kann, während doch jene Klage darum nicht minder gerechtfertigt ist. Zwar läßt sich allerdings annehmen, daß zweiseitige lästige Verträge von beiden Kontrahenten in der Absicht, dadurch eine Verbindlichkeit des anderen Theils zu erzeugen, geschlossen werden, und es wird durch die Ungültigkeit des geschlossenen Vertrages wegen der Unfähigkeit der einen oder der anderen Partei hierin nichts geändert. Doch kann hierbei von der Voraussetzung einer künftigen Genehmigung, welche der App.-Richter neben jener Absicht zur Begründung der Versionsklage für unerläßlich erachtet, ebenfalls nicht die Rede sein und daraus, daß ein Vertrag seiner Natur nach die erwähnte Absicht mit sich bringt, folgt keineswegs, daß der Mangel derselben außer dem Falle eines Vertrages die Versionsklage ausschließt. Gleichgültig aber erscheint es, ob die actio de in rem verso hauptsächlich dann eintritt, wenn mit einem Unfähigen kontrahirt worden, da dieser Fall unter keinen Umständen der einzige ist, in welchem sie Platz greifen kann und namentlich von Suarez an der gedachten Stelle auch auf andere Fälle ihrer Zulässigkeit durch die Bemerkung hingewiesen wird, daß es bei der nützlichen Verwendung nicht darauf ankomme, ob derjenige, in dessen Nutzen sie geschehen ist, darum gewußt hat, oder nicht davon unterrichtet war, indem eine dergleichen Unwissenheit bei demjenigen, der etwas aus einem, wenngleich ungültigen Vertrage erhalten hat, nicht füglich angenommen werden kann. Auch läßt sich übrigens die Versionsklage selbst nach gem. R. nicht in der Art, wie der App.-Richter vermeint, für bedingt oder beschränkt erachten, obgleich sie allerdings ursprünglich nur demjenigen, der mit einem Haussohne oder Sklaven kontrahirt hatte, wider den aus solchem Vertrage bereicherten Vater oder Herrn, sowie resp. gegen deren Erben, gegeben war.

---

pflichtung des Anderen durch dieselbe ist deshalb nicht erforderlich, Erk. c., ebenso wenig hebt den Anspruch die irrige Meinung, eine Verpflichtung zu erfüllen, auf, wohl aber die Absicht, ohne Verpflichtung und Gegenleistung den Anderen zu bereichern, d. h. zu schenken, § 280 h. t. Denn in diesem Falle fehlt der Bereicherung durch die Verwendung das Moment der Rechtlosigkeit. In StrA. 18 S. 114 hatte A. ein Gut mit Ausschluß gewisser Etablissements an B. vererbpachtet, B. aber trotzdem die Abgaben von dem g e s a m m t e n Gut Jahre lang irrthümlich gezahlt. Als er dahinter kam und Erstattung forderte, wies der 2. Richter die Klage ex v. i. r. lediglich deshalb ab, weil B. nicht die Absicht, den A. durch die Zahlung zu verpflichten, gehabt. Das ObTr. vernichtete. In StrA. 57 S. 47 hatte der Kläger seit seiner Verheirathung mit Frau, Kindern und Gesellen im Hause seiner Schwiegereltern gelebt, Kost und Logis erhalten und seinerseits Schulden bezahlt, die von den Schwiegereltern für die Haushaltung gemacht. Hier nahm der 2. Richter an, daß in der Bezahlung keine nützliche Verw. enthalten, weil der Kläger nicht bezahlt, um zu verpflichten, sondern um zum Zwecke ausgleichender Vergütung eine eigene Schuld zu bezahlen. Damit war neben der Abwesenheit des anim. rec. der an. don. festgestellt und das ObTr. trat bei wie in einem ähnlichen Falle StrA. 67 S. 364, wo ebenfalls ausgesprochen, daß wenn auch nicht erforderlich, daß von Anfang an die Absicht zu verpflichten vorhanden, doch die e n t g e g e n g e s e t z t e A b s i c h t nicht feststehn darf, weil bei solcher die rechtlose Bereicherung mit dem Schaden des Versionsklägers fehlt. In StrA. 65 S. 193, 201 hatte A. seine Schwester und ihre beiden unehel. Kinder bei sich aufgenommen und erhalten. Hier hat das ObTr. die Klage gegen den natürlichen Vater der Kinder auf Erstattung ex v. i. r. abgewiesen, weil erhellte, daß die Absicht, w o h l t h ä t i g zu sein, von Anfang an bestanden und der Kläger sich durch Substituiren einer anderen Absicht nicht ein Fundament für den nicht vorhandenen Anspruch schaffen könne. Ebenso in StrA. 96 S. 259, wo die Klägerin im Haushalt des Bekl. Jahre hindurch das Halten einer Dienstmagd erspart hatte und demnächst auf Vergütung klagte. Festgestellt wurde, daß sie nicht in freigebiger Absicht, sondern, zwar ohne die Absicht zu verpflichten, aber doch in Rücksicht auf eine ihr aus dem Nachlaß in Aussicht gestellte Vergütung gehandelt, die Klage ex v. i. r. deshalb zugelassen.

4. Nach §§ 262, 263, 264, 265—267, 273 h. t. e n t s t e h t der Anspruch bei Verwendung durch Sachen oder Geld durch die bloße Uebernahme; die wirkliche V e r w e n d u n g ist nur bei Uebernahme durch Dritte oder Unfähige zu beweisen. Es ergiebt sich daraus, daß wenn Verwendung in diesem Sinne vorliegt, der Kläger den Vortheil, die Bereicherung nicht

Gründe: d. Nach § 273 I 13 ist für die einmal geschehene Verwendung in der Regel selbst dann Ersatz zu leisten, wenn auch der dadurch bewirkte Vortheil später wieder verloren gegangen ist. Von dieser Regel ist im § 274 eine Ausnahme dahin anerkannt, daß ein Unfähiger zum Ersatze nur insofern verpflichtet sein soll, als er sich zur Zeit des gerügten Anspruchs noch im Besitze des Vortheils befindet. Diese Ausnahme will das Präj. 684 auf den Fall beschränkt wissen, wenn der Unfähige aus der Verwendung vor Aufhebung der Unfähigkeit in Anspruch genommen wird, wogegen er nach Aufhebung der Unfähigkeit zum Ersatze der Verwendung auch dann verpflichtet sein soll, wenn diese auch schon während der Unfähigkeit wieder verloren gegangen ist. Zur Beschränkung jener Ausnahme in diesem Umfange fehlt es aber an einem ausreichenden Grunde.

In dem Erkenntnisse, welches zu dem Präj. Veranlassung gegeben hat, wird der Grund für diese Beschränkung darin gefunden, daß im § 274 nur von der Klage gegen den Unfähigen, also von der zur Zeit der Unfähigkeit angestellten Klage die Rede sei, woraus folge, daß die darin gedachte Ausnahme nicht Platz greife, es also auf den Besitz des Vortheils nicht mehr ankomme, wenn die Klage erst nach Aufhebung der Unfähigkeit angestellt sei. Diese Auslegung, wonach also unter dem Unfähigen ein solcher verstanden wird, welcher zur Zeit der Klage unfähig ist, würde aber zu der Folgerung führen, daß auch derjenige, welcher zur Zeit der Verwendung dispositionsfähig gewesen, später aber unfähig geworden und zur Zeit der Klage noch unfähig ist, nur insofern in Anspruch genommen werden könnte, als er sich zu dieser Zeit noch im Besitze des Vortheils befindet, eine Folgerung, welche den Verlust des ursprünglich gesetzlich begründeten Ersatzrechts des Verwenders von einer späteren Zufälligkeit in der Person des Uebernehmers abhängig machen würde, und daher nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann. Jene Auffassung der Eingangsworte: „Ein Unfähiger“ widerspricht aber auch in anderer Beziehung der Natur der Sache. Ob nämlich Jemand zur Uebernahme von Verpflichtungen fähig oder unfähig ist, läßt sich überhaupt nur von der Zeit

---

noch besonders darzuthun, sondern der Bekl. zu beweisen hat, daß konkret sein Vortheil nicht befördert worden. Dies gilt auch im Falle des § 364 h. t. In StrA. 55 S. 151 hatte A. dem B. mehrere Jahre ohne Preisbestimmung eine große Anzahl von Fuhren Dünger gegeben und klagte auf den Werth ex v. i. r. B. exzipirte, daß sie ihm freiwillig für Gefälligkeiten anderer Art gegeben. Dies war gewiß erheblich, der 2. Richter wies aber ohne Weiteres ab, weil nicht der Werth der Sache, sondern der Betrag des Nutzens, den sie gebracht, zu fordern, § 264 h. t., also darzuthun die Nothwendigkeit und Nützlichkeit der Verwendung nach wirthschaftlichen Prinzipien, der Eintritt des bezweckten und geschaffenen Vortheils und der Umfang der Bereicherung. Das ObTr. vernichtete, weil nach §§ 263, 264, 273 h. t. die Uebernahme des Düngers genügend, um den Anspr. auf den Werth zu begründen, aus § 264 nicht folge, daß der Nutzen der Sache nachzuweisen, da § 265 ausdrücklich sage, daß der übernommene Geldeswerth ohne Weiteres als nützlich verwendet anzusehn. Ebenso in dem oben erwähnten Falle StrA. 56 S. 364. Der Kläger forderte ex v. i. r. den Werth der von der Bekl. verkauften Cigarren; exzipirt wurde, daß nur der Erlös, den Bekl. erhalten, zu fordern. Das ObTr. verurtheilte, weil nach §§ 264, 265 der Werth als der muthmaßliche Nutzen gelte, bis die Bekl. dargethan, daß sie weniger erlöst. Ebenso OHG. 11 S. 136 unter Bezug auf StrA. 55 S. 151 in einem Falle, wo ein Pferd und ein Knecht des Versionsklägers im Geschäft des Bekl. ohne Vertrag thätig gewesen waren und der Kläger den angemessenen täglichen Gebrauchswerth eines Pferdes forderte. Dies ist zugelassen, weil, was an Geld oder Geldeswerth übernommen, ohne Weiteres als nützlich verwendet gelte, der Kläger genug gethan, wenn er den Geldeswerth erweise, der von den individuellen Verhältnissen des Anderen abhängige Umfang der Bereicherung nicht darzuthun, sondern vom Bekl. zu erweisen sei, daß und weshalb er keinen oder nicht den vollen Nutzen gezogen. Deshalb war auch unrichtig, wenn der 2. Richter in StrA. 74 S. 168, wo A. bei B. Kühe eingestellt hatte, die er dem B. angeblich verkauft und B. gegen die Klage auf den Kaufpreis, die als unbegründet abgewiesen wurde, den Ersatz der Futterkosten forderte, den Anspruch darauf lediglich umdeswillen ablehnte, weil B. nicht den Werth der Kühe angegeben. Anders lag StrA. 21 S. 109. A. hatte an B. mündlich 2 Pferde für 57 Thlr. verkauft, B. war von dem nur mündlichen Vertrage zurückgetreten, hatte Zurücknahme gefordert, A. diese verweigert, B. die Pferde bei einem Gastwirth eingestellt, wo sie länger als 1 Jahr standen, ohne genutzt

aussagen, zu welcher er Verpflichtungen eingehen soll, oder eingegangen ist. Wenn daher in einem gegebenen Falle von der Unfähigkeit eines Menschen zur Uebernahme von Verpflichtungen die Rede ist, so kann diese seine Eigenschaft nur auf die Zeit bezogen werden, zu welcher er in ein verpflichtendes Verhältniß eintreten soll oder eingetreten ist. Bei der nützlichen Verwendung bildet nun die Zeit der Verwendung den Zeitpunkt, zu welchem die Rechte und Pflichten der Betheiligten begründet werden. Unter den Eingangsworten: „Ein Unfähiger“ kann daher auch nur ein Solcher verstanden werden, welcher zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, und die Bedeutung des § 274 ergiebt sich hiernach dahin: daß, wer zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, zum Ersatze nur insofern angehalten werden kann, als er sich zur Zeit der Klage noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befindet. Nun ist zwar anzuerkennen, daß auch derjenige, welcher zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, sich aber bei Aufhebung der Unfähigkeit noch im Besitze des Vortheils befunden hat, zum Ersatze selbst dann verpflichtet ist, wenn auch der Vortheil nach Aufhebung der Unfähigkeit bis zur Zeit der Klage wieder verloren gegangen sein sollte; denn von Aufhebung der Unfähigkeit an befindet sich der bisher unfähige Uebernehmer, welcher sich aber im Besitze des Vortheils erhalten hat, in derselben Lage, wie jeder andere Uebernehmer, und er ist daher auch, von jenem Zeitpunkte an, der Regel des § 273 unterworfen. Andererseits müssen aber auch die Folgen, welche der § 274 an die Unfähigkeit des Uebernehmers zur Zeit der Verwendung knüpft, zur Geltung kommen, ohne Unterschied, ob der Anspruch aus der Verwendung vor oder nach Aufhebung der Unfähigkeit geltend gemacht wird. Denn wer zur Zeit der Verwendung unfähig ist, der überkommt durch die Verwendung nur eine bedingte Ersatzverbindlichkeit, bedingt nämlich dadurch, daß er sich dereinst zur Zeit der Klage oder bei Aufhebung der Un=

---

zu werden. Die aufgelaufenen Stallungskosten, die B. von A. forderte, betrugen mehr als das Sechsfache des Werths der Pferde. Das ObTr. wies hier die Klage ab, weil der Anspr. sich nur aus der v. i. r. begründen lasse, und da wo der Eigenthümer die Nutzungen der Sache entbehre, die Kosten der Erhaltung nicht ohne Weiteres als in seinem Nutzen verwendet anzusehen seien, da die Erhaltung nur zum Zweck der Erlangung des Nutzens geschehn.

Der Anspr. geht nach §§ 262—264 auf die verwendete Sache, wenn sie noch vorhanden, ev. deren Werth. Die prozessuale Nothwendigkeit, alternativ zu klagen, folgt daraus so wenig wie in anderen Fällen alternativen Rechts. Der Bekl., der auf den Werth belangt, hat zu exzipiren, daß er zur Rückgabe bereit, StrA. 20 S. 205.

Nach § 273 genügt regelmäßig die Verwendung und die dadurch einmal entstandene Bereicherung, um den Anspruch aus der Verwendung zu begründen, d. h. der Anspr. aus der Verwendung ist regelmäßig nicht Anspr. auf die Bereicherung. Die Fortdauer der Bereicherung ist weder erforderlich, noch zu beweisen. Nur im Falle des § 266 h. t., Verlust durch Zufall vor der wirklichen Verwendung, genügt die bloße Uebernahme nicht. Vgl. § 31 I 15. Herausgabe des Empfangenen an einen dritten Unberechtigten beseitigt den Anspruch nicht und die Aufhebung des Anspruchs hat nach allgem. Grundsätzen der zu beweisen, der sie behauptet, § 31 I 15; OHG. 11 S. 136; 16 S. 164; 22 S. 296, 301; 12 S. 32, 37. Ein Beispiel für § 266 giebt der unt. Nr. 243 mitgetheilte Fall, RG. 10 S. 260 (Unterschl. des in die Kasse des Vereins gelangten Geldes durch den Kassirer) u. OHG. 12 S. 32, 37.

5. Eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 272, wonach die einmal geschehene Verwendung genügt, um den Anspr. aus der Verwendung zu begründen, der nachherige Fortfall des Nutzens (Bereicherung) den Anspruch nicht beseitigt, enthält § 274 für den Fall der Verwendung für einen Unfähigen, und dahin sind Minderjährige, Kinder in väterl. Gewalt, die darlehns= und kreditunfähigen Militärpersonen, I 11 §§ 674, 678 ff., Ehefrauen, zu rechnen, nicht aber die in §§ 676, 704 I 11 bezeichneten Personen. Nach der Auslegung, welche das Präj. Erk. d. dem § 274 giebt, beschränkt derselbe den Anspr. aus der Verwendung auf die zur Zeit der Erhebung des Anspruchs bez., wenn der Anspruch nach aufgehobener Unfähigkeit erhoben wird, zur Zeit der Aufhebung der Unfähigkeit vorhandene Bereicherung. Derselbe Satz war schon in StrA. 28 S. 293 angenommen und das im Erk. d. erwähnte Präj. 684 aufgegeben. In StrA. 56 S. 261 ist das Präj. 684 ohne alle Motivirung wiederum angewendet. Wiederholt ist der Satz aber dem=

fähigkeit noch im Besitze des Vortheils befinden wird. Ist aber hierdurch seine Verpflichtung einmal gesetzlich bedingt, so kann die spätere Aufhebung der Unfähigkeit die Natur dieses Schuldverhältnisses nicht verändern, also die ursprünglich nur bedingte Verpflichtung nicht in eine unbedingte Verbindlichkeit verwandeln. Daß dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, kann um so weniger angenommen werden, weil es dann der Willkür des Gläubigers anheim gegeben wäre, die einem solchen Unfähigen zugedachte Rechtswohlthat dadurch zu vereiteln, daß er die Klage erst nach Aufhebung der Unfähigkeit anstellt.

Hiernach kommt es bei der nützlichen Verwendung für die Ersatzverbindlichkeit des Uebernehmers lediglich auf dessen Fähigkeit oder Unfähigkeit zur Zeit der Verwendung an. Wer zu dieser Zeit lästige Verträge zu schließen fähig ist, der kann zum Ersatze des einmal erlangten Vortheils jederzeit auch dann angehalten werden, wenn auch der Vortheil später wieder verloren gegangen ist. Wer dagegen zur Zeit der Verwendung unfähig gewesen ist, der kann zu deren Ersatze vor Aufhebung der Unfähigkeit nur insofern, als er sich zur Zeit der Klage noch im Besitze des Vortheils befindet, und nach Aufhebung der Unfähigkeit nur insofern angehalten werden, als er sich bei Aufhebung der Unfähigkeit noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befunden hat.

Unentschieden soll hierbei bleiben, ob unter der im § 274 gedachten Rüge des Ersatzanspruchs schon eine außergerichtliche Zahlungsaufforderung an den gesetzlichen Vertreter des noch unfähigen Uebernehmers resp. an den dispositionsfähig gewordenen Uebernehmer selbst, oder nur eine förmliche Klage zu verstehen, und ob im letzteren Falle als Zeit des gerügten Anspruchs schon der Tag der Präsentation oder erst der Tag der Insinuation der Klage anzusehen sei.

---

nächst in StrA. 50 S. 83, wo der Kläger dem minderjährigen Bekl. Gelder gegeben, der Bekl. während der Minderjährigkeit damit Sachen angeschafft und der Kläger deshalb Ersatz des Geldes forderte, weil der Bekl. die Sachen noch besessen, als er großjährig geworden. Der 2. Richter hatte hier unrichtig abgewiesen, weil der Bekl. zur Zeit der Anstellung der Klage nicht mehr besessen. Das ObTr. vernichtete, wies aber angebrachtermaßen ab, weil Kläger nur den Werth der Sachen bei Eintritt der Großjährigkeit fordern könne. Es hebt dabei hervor, daß der Umfang der vorhandenen Bereicherung die Ersatzpflicht beschränke, weil von dem Unfähigen während der Unfähigkeit gehörige Erhaltung und Verwaltung seines Vermögens nicht erwartet werden könne. Daraus folgt zugleich nothwendig, daß der Versionskläger in diesem Falle zur Substantiirung der Klage behaupten und beweisen muß, daß das Verlangte, der Vortheil, zur Zeit der Erhebung der Klage noch in den Händen des Bekl. vorhanden war, was ein Erk. ObTr. in Gruchot 15 S. 521 ohne Grund leugnet. Der Anspruch verlangt in diesem Falle eben mehr als den Nachweis der einmal geschehenen nützlichen Verwendung wie im § 273, nämlich die Fortdauer desselben. Solche Fortdauer war klar in dem Falle des Erk. b., wo die Minderjährigen von einer Verbindlichkeit dauernd befreit waren, ebenso war die Existenz des Vortheils klar in dem Falle StrA. 91 S. 360 unt. Nr. 215, Bd. 2 S. 328, wo der baare Erlös aus den dem Offizier kreditirten Möbeln in die Masse geflossen war, und es sich um eine eigentliche c. sine c. handelte. Dasselbe kann auch im Falle des § 690 I 11 gelten, dagegen ist schon bedenklich mit StrA. 56 S 261 anzunehmen, daß bei dem, was zu gewöhnlichen Lebensbedürfnissen hergegeben, der Vortheil in der Fortdauer des Lebens fortbesteht, und noch bedenklicher, die Fortdauer des Vortheils dem Unfähigen gegenüber bei Hingabe von Geld aus der Natur desselben und § 265 h. t. zu deduziren, wie dies allerdings in StrA. 88 S. 155 für den Fall der Klage auf die Bereicherung in § 203 I 16, in StrA. 54 S. 63 u. in ObTr. 49 S. 106 für die Fälle der Klage aus § 32 I 15 und aus §§ 496 I 9; §§ 842, 850 II 18 (§ 6 Abs. 2 Ges. v. 12. März 1869, GS. S. 473), auch in OHG. 16 S. 164 für den Fall des § 1165 I 11 und der Klage aus § 106 der Pr. KonkO. (vgl. jetzt § 7 Abs. 2 Ges. v. 21. Juli 1879, § 30 Abs. 2 D. KonkO.) angenommen ist, obwohl in allen diesen Fällen der Anspruch ebenfalls abweichend von § 273 h. t. auf den vorhandenen Vortheil beschränkt ist.

In Bezug auf die Verpflichtung zur Verzinsung und die Verjährung des Anspruchs gilt das unt. Nr. 243 Gesagte. Vgl. dort StrA. 84 S. 125.

Vierzehnter Titel.

Nr. 244. §§ 2, 9—108; I 16 §§ 363, 364 (I 7 §§ 137—139). Verwahrungsvertrag. depositum. Begriff und Wirkungen. depositum irregulare.*)

a. Erk. v. 14. Mai 1867; StrA. 66 S. 313.
b. Erk. v. 12. Dez. 1876; StrA. 97 S. 88.
c. Erk. v. 4. Nov. 1875; ObTr. 76 S. 319.
d. Erk. v. 13. Nov. 1856; StrA. 22 S. 308.

Im Falle a. hatte A. dem Butterhändler B. mehrere Kolli mit Waaren zum Transport von Bl. nach N. übergeben, von denen eins nicht abgeliefert war. A. klagte gegen B. unter Angabe der in dem Kollo enthaltenen Sachen auf Werthsersatz. Der 2. Richter verurtheilte auf Grund der §§ 35, 36 h. t. zum Ersatz des vom Kläger zu beschwörenden Inhalts der Kiste. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte die Klägerin dem Bekl. Cigarren ohne Bestellung übersandt, Beklagter erklärt, dass er sie nicht wolle, die Abholung verlangt. Als die Klägerin nach Monaten die Cigarren abholen wollte, fanden sich die Kisten leer. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage auf Erstattung des Werths durchgedrungen. — Im Falle c. hatte A. dem B. 700 Thlr. mit der Abrede gegeben, dass derselbe das Geld für ihn aufbewahren, mit demselben Hypotheken für ihn ankaufen, aber befugt sein solle, das Geld bis zur Realisirung des Ankaufs in seinem Geschäfte zu benutzen. B. hatte von dieser Befugniss Gebrauch gemacht, dann und noch ehe es zum Ankauf von Hypotheken kam, seine Zahlungen eingestellt, wenige Tage vorher aber dem A. auf dessen Verlangen die 700 Thlr. zurückgegeben. Nachdem der Konkurs über das Vermögen des B. eröffnet, focht die Gläubigerschaft die Rückzahlung auf Grund des § 101 Nr. 2 der Preuss. KonkO. (§ 23 Nr. 2 D. KonkO.) an. Es fragte sich namentlich, ob der Beklagte das Geld als depos. jederzeit zurückfordern konnte oder als Darlehn nur nach Kündigung. Letzteres ist angenommen. — Im Falle d. hatte der Kläger bei dem beklagten Stallmeister einen Hengst zur Wartung und Pflege auf bestimmte Zeit eingestellt. Die Stallknechte liessen ohne Wissen des Beklagten den Hengst zum Belegen einer Stute zu, wobei sich derselbe so beschädigte, dass er krepirte. Die Klage auf Werthsersatz gegen den Stallmeister ist abgewiesen.

Gründe: a. Nach § 35 a. a. O. muß zwar jeder Verwahrer, in dessen Besitze die niedergelegte Sache beschädigt wird oder verloren geht, dem Niederleger davon längstens binnen drei Tagen nach bemerktem Schaden oder Verluste Nachricht geben, damit der Niederleger allenfalls auf rechtliche Untersuchung des Herganges der Sache und der dabei vorgekommenen Umstände sofort antragen könne. Unterläßt er dies und beruft er sich erst zur Zeit der Rückforderung auf die Beschädigung oder den Verlust der Sache, so muß er nach § 36 a. a. O. nachweisen, daß dieselben durch einen bloßen unabwendbaren Zufall ohne ein auch nur geringes Versehen von seiner Seite entstanden sind. Auch muß er nach § 37 a. a. O. diesen Nachweis vollständig führen und kann, zu dessen Ergänzung, zu einem noth=

---

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 377—380; Dernburg 2 §§ 211, 212; Förster (Eccius) 2 § 139.

1. Nach der Definition in § 9 h. t. besteht der auch hier die Natur des Vertrages bestimmende Inhalt des depositum (der vielfach vorkommende Ausdruck „Depot" bezeichnet überhaupt kein bestimmtes Rechtsverhältniß, OHG. 19 S. 77, 82; 16 S. 209, 210) in der ein=

wendigen Eide nicht gelassen werden.*) Diese, für den Verwahrungsvertrag gegebenen Vorschriften können jedoch auf andere Verträge, wenn sie auch neben ihrem anderweiten Hauptzwecke auch die Verwahrung einer Sache mit sich bringen mögen, nicht angewendet werden.

Daß sie auf Beamte, zu deren Amtspflichten auch die Aufbewahrung von Sachen oder Geldern gehört, nicht Anwendung finden, ist bereits in dem Präj. Nr. 1331 v. 11. Sept. 1843, Präj. S. I S. 80, angenommen. Wie in den Gründen des Präj. ist auch in dem vom Verklagten in Bezug genommenen Erk. StrA. 30 S. 170 anerkannt, daß jene Vorschriften nur für den eigentlichen Verwahrungsvertrag gelten. Auch auf den Frachtvertrag, obschon dem Frachtführer die Obhut über die zum Transport übernommene Sache obliegt, sind sie schon darum nicht anwendbar, weil dessen Zweck nicht in der Aufbewahrung einer niedergelegten Sache, sondern in dem Transport, also gerade in der örtlichen Veränderung einer Sache besteht.

In der Hauptsache folgt schon aus den allgemeinen Bestimmungen über Erfüllung der Verträge, ALR. I 5 §§ 270, 277 ff., daß derjenige, welcher den Transport einer Sache übernommen hat, die Sache am Bestimmungsorte abliefern oder den Absender entschädigen muß, falls er nicht über den Verbleib der Sache eine solche Rechenschaft zu geben vermag, welche sein Nichtverschulden außer Zweifel stellt. Auch der Verklagte, welcher die in Rede stehende Kiste weder abgeliefert, noch über deren Verbleib irgend eine Auskunft gegeben hat, muß daher nach dem Klageantrage verurtheilt werden, falls er dieselbe zum Transporte wirklich übernommen hat.

Gründe: b. Der Verklagte hat gegen das zweite Erkenntniß ausgeführt, daß der App.-Richter durch seine Entscheidung den Art. 323 HGB., die §§ 9, 36 I 14, die §§ 10—16 I 3 ALR. und die Grundsätze von der Vertheilung der Beweislast verletzt habe.

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

Der App.-Richter sagt: „Der Verklagte hat die nicht bestellten Cigarren nicht behalten wollen und nach seinen eigenen Angaben die Klägerin zur Abholung derselben aufgefordert. Daraus folgt nicht, daß er die nicht abgeholten, ihm aber immerhin anvertrauten Cigarren unbeaufsichtigt lassen und dem Verluste preisgeben durfte. Wollte er sich der Aufbewahrung nicht unterziehen, so hätte er dieselben entweder auf Kosten der Klägerin sofort zurückschicken oder, wenn die Abholung auf Aufforderung unterblieb, gerichtlich deponiren müssen."

Dieser Entscheidungsgrund wird durch das Gesetz gerechtfertigt.

---

*) Vgl. jetzt § 14 Nr. 2 EGes. z. CPO.

---

seitigen Verbindlichkeit zur Aufbehaltung einer dem Depositar übergebenen Sache und deren künftigen Zurückgabe. Wesentlich ist danach die Uebergabe und Uebernahme einer Sache zur Aufbehaltung, Aufbewahrung, custodia, und die Verpflichtung zur Rückgabe der, d. h. derselben Sache in specie an den Deponenten oder einen von diesem bestimmten Dritten (§ 24 h. t.). Damit ist der Begr. erschöpft und die Grenzlinie gegen andere Verträge gegeben. a. Wesentlich ist die Uebernahme der custodia als Hauptinhalt der Verpflichtung. Daß diese Verpflichtung ausdrücklich übernommen, ist nicht erforderlich, wenn sie sich nur als Inhalt des übereinstimmenden Willens ergiebt. So OHG. 4 S. 92, wo A. dem B. 10 Faß Petroleum, von denen B. 2 gekauft, übersandt hatte, um die übrigen an C. gegen Zahlung des Preises auszuhändigen, sobald C. sich meldete, B. die Fässer angenommen und nachdem C. sich längere Zeit nicht gemeldet, an D. auf Lager gegeben hatte. Hier war anzunehmen, daß B. die 8 Faß zur Aufbewahrung und zum Behalten so lange bis C. sich nicht meldete übernommen hatte; insoweit lag dep. vor. Diese Aufbehaltungspflicht wird als gesetzlich übertragene im Erk. b. der vertragsmäßig übernommenen, nach §§ 137 ff. I 7 in dem Falle gleichgestellt, wo der Käufer unbestellter Waare sie behält, statt von dem gesetzlichen Recht der gerichtlichen Niederlegung, § 139 a. a. O., Gebrauch zu machen. Dahin gehört auch § 24 I 9, der insofern noch besteht, und kann der in OHG. 15 S. 410 behandelte Fall gerechnet werden, wo der Käufer die gekaufte und übergebene Sache nachträglich dem Verkäufer zurücksendet.

Die dem Verklagten zugeschickten Cigarren waren durch ihre faktische Annahme in die Gewahrsam des Verklagten gelangt, und wurde er hierdurch Inhaber derselben, §§ 1, 2, 137, 138 I 7 ALR.

Der Pflichten eines Inhabers konnte er sich nicht dadurch entschlagen, daß er sie der Klägerin zur Disposition stellte, oder die Absicht faßte, sich gar nicht um sie zu kümmern (§ 1 im Gegensatz zu den §§ 2, 138 a. a. O.).

Nach § 137 a. a. O. hat der bloße Inhaber diejenigen Rechte, welche aus der Pflicht folgen, die Sache oder das Recht zum Besten dessen, welchem der Besitz gebührt, zu erhalten. Also auch der bloße Inhaber ist verpflichtet, die Sache zu konserviren. Nun sagt der § 139: Will er diese Pflicht nicht übernehmen, so muß er die Sache dem rechtmäßigen Besitzer zurückstellen oder gerichtlich niederlegen. Wollte danach der Verklagte der Klägerin die Cigarren nicht auf deren Kosten zurücksenden, und verzögerte diese die Abholung derselben, so mußte sie der Verklagte gerichtlich deponiren, wenn er sich von aller Verantwortung frei machen wollte. That er dies, wie es der Fall ist, nicht, sondern enthielt sie sogar dem zur Abholung der Cigarren von der Klägerin beauftragten D. mit dem Vorgeben vor, daß er darüber den Vorprozeß, der damals noch schwebte, entscheiden lassen wolle, so genügt es zu seiner Befreiung von den Ansprüchen der Klägerin nicht, daß er, als der gedachte Beauftragte das zweite Mal zur Abholung der Cigarren erschien, sich damit entschuldigte, daß sie nicht mehr vorhanden und er nicht wisse, wo sie geblieben seien, oder, daß sie sein Sohn aufgeraucht habe. Er hatte, wie gezeigt worden, als Inhaber die Pflicht, sie zu bewahren und zu erhalten. Danach hat nicht die Klägerin zu beweisen, daß der Verklagte den Verlust verschuldet hat, sondern der Verklagte nach § 36 I 14 ALR darzuthun, daß die Cigarren durch einen unabwendbaren Zufall ohne irgend eine Schuld von seiner Seite verloren gegangen sind. Einen solchen Beweis hat er nicht angetreten, geschweige denn geführt, und ist daher für den Werth derselben der Klägerin aufzukommen verpflichtet. Ganz von denselben Rechtsgrundsätzen geht das zweite Erkenntniß aus, und wenn der App.-Richter auch noch die Analogie des Art. 323 HGB. heranzieht, so war dies überflüssig, da schon seine aus den Pflichten eines Inhabers und Verwahrers hergenommenen allgemeinen Gründe sein Erkenntniß rechtfertigen.

Gründe: c. Streitig ist ob die Schuld am Tage der Zahlung fällig war. Diese Frage, also das Moment der Fälligkeit, hängt wieder ab von der Natur der Schuld. In dieser Beziehung stellt der App.-Richter fest, daß der Verklagte dem Gemeinschuldner den Auftrag ertheilt hat, für die demselben zugesendeten 700 Thlr.

Derselbe kann nach § 139 I 7 gerichtlich niederlegen, § 50 h. t. findet hier so wenig, wie in erstem Falle Anwendung, aber so lange er nicht hinterlegt, ist er zur Aufbewahrung verpflichtet, ebenso wie im Art. 323 Abs. 2 HGB., allerdings in beschränkterem Umfange. Dagegen sieht OHG. 20 S. 202 im Falle des Art. 348 HGB. nur eine Geschäftsbesorgungs-, nicht Verwahrungspflicht, und folgert daraus, daß der Käufer, der die nicht vertragsmäßige, disponirte Waare einem Spediteur auf Lager giebt, den Verkäufer an den Spediteur verweisen kann, wenn er auf dessen Rechnung auf Lager gegeben oder ihm das Klagerecht gewährt. Vgl. OHG. 4 S. 92, 96 unt. 3. Noch anders lag der unt. Nr. 243a. erwähnte Fall StrA. 21 S. 109, wo der Käufer, der mündlich bei Objekt über 50 Thlr. gekauft, übergeben erhalten und dadurch Eigenthümer geworden war, die gekauften Pferde nach dem Rücktritt vom Vertrage bei einem Gastwirth eingestellt hatte und die Kosten dafür forderte. Als Depositar war er nicht anzusehn, da der Eigenthümer nicht Depositar seiner eigenen Sache ohne besondere Umstände sein kann, sein Anspr. nur aus neg. g. oder v. i. r. zu begründen war.

Aber wesentlich ist diese Aufbewahrungspflicht und zwar im Interesse des Deponenten, nicht des Depositars als ersichtlicher Hauptinhalt des Vertrages. Das kann vorliegen, auch wenn der Depositar neben der Aufbewahrung noch andere Pflichten übernimmt, z. B. beim Deponiren von Werthpapieren die Versilberung der Koupons, die Kontrolle der Ausloosungen, die Realisirung der ausgeloosten und die Beschaffung anderer an ihre Stelle. Darum konnte im Falle des Erk. d. dep. angenommen werden. Vgl. §§ 42, 80, 81 h. t. Depos. kann auch in Verbindung mit einem anderen Vertrage und neben demselben her vorkommen, wie z. B. bei Uebergabe der Waarenprobe beim Kauf

Hypotheken für ihn anzukaufen, und daß dem Gemeinschuldner gestattet worden, dieses Geld, bis zur Realisirung des Ankaufes, in seinem Geschäfte zu benutzen, sowie, daß der Gemeinschuldner von dieser Erlaubniß Gebrauch gemacht, die 700 Thlr. in seine Geschäftskasse genommen und dort wenigstens theilweise verausgabt hat.

In diesem thatsächlichen Geschäftsvorgange findet der App.-Richter die Voraussetzungen eines Darlehns und verlangt daher zur Fälligkeit der Schuld eine vorgängige dreimonatliche Kündigung. Diese Ausführung ist nicht rechtsirrthümlich und verstößt nicht gegen die von der Nichtigkeitsbeschwerde angerufenen Gesetzesvorschriften. Denn nach dem § 653 I 11 ALR. ist das eigentliche Darlehn ein Vertrag, vermöge dessen Jemand einem Anderen Geld, mit bedungener Wiedererstattung in gleicher Qualität und Quantität, zum Gebrauche übergiebt. Diese Erfordernisse treffen, nach der Feststellung des App.-Richters, zu. Denn das zum Ankaufe von Hypotheken hingegebene Geld ist von dem Gemeinschuldner durch die vertragsmäßig gestattete Verwendung in dessen Geschäfte konsumirt; die reale abgesonderte Existenz des Geldes hat aufgehört, und es handelt sich, zumal bei der außerdem noch stattgehabten Verzinsung, um eine Restitution des Geldes in quali et in quanto, nach Art absolut fungibler Sachen. Das Geld, welches dem Gemeinschuldner gegeben worden, hat, nach dieser Auffassung, eine Darlehnsnatur, und diese Eigenschaft wird auch durch die mit der Hingabe verbundene Absicht der Verwendung zum Hypothekenankaufe nicht verwischt. Denn alle gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 82,

---

als dep. angesehen werden darf, OHG. 21 S. 62. Aber wo die Aufbewahrung nur nebensächlicher Bestandtheil eines anderen Vertrages, die Aufbew. und Rückgabe in specie nicht Zweck und Bestimmung des Vertrages und Inhalt der Verpflichtung, die Aufbew. nicht für den Deponenten geschieht, können die Bestimmungen über das dep., die auf der besonderen Natur dieses Vertrages beruhen, nicht angewendet werden. Darum enthält der Gesindedienstvertrag kein dep., obwohl das Gesinde eine Art custodia hat. Vgl. Erk. b. Nr. 245. Die Anwendung der §§ 26 ff. 35 ff. h. t. auf den Pfandgläubiger bestimmt als Ausnahme §§ 192. 193 I 20. Darauf beruht Erk. a. und das in demselben angezogene Erk. StrA. 30 S. 170. In diesem Falle hatte A dem B. Roggen zur Verwahrung, Bearbeitung und demnächstigem Verkauf übergeben, B. einen Theil verkauft, einen kleinen Theil als unverkäuflich zurückgegeben, A. den Werthsersatz für den Rest gefordert. B. exzipirte, daß der Rest durch Eintrocknen des Getreides, Witterung und Schwinden verloren gegangen. A. nahm den § 37 h. t. (der inzwischen durch § 14 Nr. 2 EGes. z. CPO. fortgefallen) für sich in Anspruch. Das ObTr. lehnte die Anwendung der §§ 35—37 h. t. überhaupt ab, weil kein dep., sondern Kommission vorliege, über den reinen, eigentl. Verwahrungsvertrag hinaus die §§ 35 ff. unanwendbar auf Rechtsverhältnisse, mit denen das dep. nur gemischt. Dem steht auch § 109 h. t. nicht entgegen, weil dem Verwalter dort die Pflichten des Verwahrers ausdrücklich soweit auferlegt, als die Verwahrung reicht, also nicht soweit, als die Verwaltung nicht die Rückgabe, sondern gerade die Verausgabung begreift. Der § 35 h. t. kann sich, wie dies auch in den Gründen des Urtheils, aus dem das in Erk. a. erwähnte Präj. 1331 entnommen, ausgeführt, nur auf den Verwahrer beziehen, der in natura zurückgeben soll, auf den Beamten nicht, weil bei diesem die gesetzlich geordnete Amtspflicht etwas anderes als die Verwahrungspflicht des Depositars. Ebenso wie Erk. a. auch OHG. 24 S. 305 für den Spediteur, wenn nicht, was möglich, der Auftrag nur auf Aufbewahrung geht. Erheblich ist die Festhaltung des Unterschiedes für diesen Fall und den des Frachtführers wegen der Anwendung der kurzen Verjährung des Art. 386 HGB., welche auf die Ansprüche aus dem Speditions- und Frachtvertrage zu beschränken, aber, wo solche vorliegt, ohne Unterschied. In OHG. 19 S. 77, 79 ist dasselbe für den Kommissionär ausgeführt. (Einkaufskommissionär nicht Verwahrer der eingekauften Sache; Umwandlung in depos. durch const. poss.)

Aus gleichem Grunde ist es unstatthaft, die §§ 35 ff. h. t. auf den Werkmeister bezüglich des vom Besteller für das Werk erhaltenen Materials anzuwenden, so unzweifelhaft es ist, daß er das Erhaltene verwenden oder zurückgeben und sich über die Verwendung und die Gründe der Nichtrückgabe des Nichtverwendeten ausweisen muß, daß nicht der Besteller die culpa des Werkmeisters, sondern dieser die Erfüllung des Vertrages, als dessen Bestandtheil die Rückgabe des Verwendeten anzusehn, und also die Abwesenheit der culpa darzuthun hat. Vgl. unt. Nr. 219, Bd. 2 S. 367. In dem unt. II erwähnten StrA. 41 S. 83 wird dahin gestellt gelassen, ob § 9 h. t. auf den Fabrikherrn anwendbar, dem Wolle zum Verspinnen übergeben, in StrA. 93 S. 139 aber die Verpflichtung des Werkmeisters zum

83 I 14 ALR., von welchem in dem gegebenen Falle die Darlehnseigenschaft abhängig ist, stellt der App.-Richter unangefochten hin. Derselbe hat sich daher weder über die Natur des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeschäftes, noch über die Konsequenzen des letzteren in Ansehung der Kündigung und Rückzahlung geirrt. (§ 761 I 11 ALR.; Arndt, Pand. § 286; Puchta, Pand. § 321; Koch, R. der Ford., Bd. 3 S. 476; Förster, Th. u. Pr. 2 S. 288.) Die von der Nichtigkeitsbeschwerde angerufenen Gesetzesbestimmungen sind daher, nach dieser Richtung hin, nicht verletzt.

Um die Fälligkeit der so gearteten Forderung zu begründen, hat der Verklagte behauptet, daß zwischen ihm und dem Gemeinschuldner ausdrücklich verabredet worden, daß letzterer verpflichtet sein solle, jederzeit, auf Verlangen des Verklagten, sofort das Geld zurückzusenden, und daß er einige Tage, bevor er das Geld erhalten, dieses Verlangen an den Gemeinschuldner gestellt habe. Diesen Einwand erachtet der App.-Richter aber nicht für substantiirt und nicht für durchgreifend, weil der Verklagte zum Nachweise der Fälligkeit habe behaupten und beweisen müssen, daß er zehn Tage vor der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners die Rückzahlung des Geldes verlangt habe, indem eine Kündigung innerhalb der letzten zehn Tage vor der Zahlungseinstellung zur Fälligmachung der Forderung nicht ausreichend sei. (Folgt die Ausführung, daß dies unrichtig.)

In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die 700 Thlr., welche der Verklagte dem Gemeinschuldner zum Ankaufe von Hypotheken übersendet hatte, durch

---

Beweise der absentia jeder culpa unzuläffig aus §§ 109, 24, 36, 37 h. t., § 164 I 7 hergeleitet.

Kein depos. lag vor in dem unter Nr. 236, Bd. 2 S. 557 bereits erwähnten Falle OHG. 9 S. 154, 158, weil die Aufbewahrung nicht für den Deponenten, sondern für dessen Gläubiger erfolgte, nicht sie und die Rückgabe, sondern die Verwendung Zweckbestimmung war. Auch in dem Falle der Spareinlage bei Banken, Genossenschaftskassen 2c. liegt dep. nicht vor, weil abgesehn davon, daß von Restitution in natura nicht die Rede sein kann, in den meisten Fällen die Genossenschaft, Bank durch die Spareinlagen zugleich ihre Betriebsmittel sich beschaffen will. Vgl. RG. 1 S. 204 für Badensches R.

Kein depos. liegt vor, wenn die Sache nicht zur Aufbewahrung übernommen, sondern dem Inhaber ein Raum zur Unterbringung überlassen, die Niederlegung geduldet wird, wenn nicht konkret die Uebernahme der custodia darin enthalten. Dadurch unterscheidet sich auch das depos. mit Entgelt (Lagergeld, Lagermiethe) von dem Vertrage über Miethe eines Raumes zur Unterbringung von Sachen. In ersterem Falle hat der Verwahrer die Disposition über den eignen Raum zum Zweck der custodia der fremden Sachen, und das Entgelt wird für die custodia gezahlt, in letzterem hat der Miether (Inhaber der Sachen) die Disposition über den fremden Raum und die eignen Sachen und das Entgelt wird für die Disposition über den Raum gezahlt; der Vermiether ist nicht Verwahrer, weil er die fremden Sachen nicht in Verwahrung hat. Vgl. OHG. 4 S. 92 (in den Gründen).

2. Wesentlich ist ferner die Restitutionspflicht in specie, mag die deponirte Sache fungibler oder nicht fungibler Natur sein. Nach §§ 82, 83 h. t. ist dies so wesentlich, daß der Begr. des dep. irregulare abweichend vom röm. u. gem. R. (RG. 9 S. 436) dem ALR. unbekannt. Mit der vertragsmäßig zugelassenen Verfügung über die deponirte Sache wird das dep. in ein (eigentl., uneigentl.) Darlehn verwandelt mit allen Konsequenzen desselben, d. h. das Eigenthum des Deponenten hört auf und die Rückforderung findet nur nach Maßgabe der gültigen vertragsmäßigen Abrede oder der gesetzlichen Bestimmungen über Kündigung der Darlehne statt, nicht die Eigenthumsklage, und die Bestimmungen in § 78 h. t., §§ 363, 364 I 16 über den Ausschluß der compens. fallen fort, Erk. c., RG. 11 S. 319; OHG. 7 S. 296, wenn die compens. nicht vertragsmäßig ausgeschlossen. In RG. 11 S. 319 kam dies in einem Falle der Hinterlegung von Geld gemäß § 801 CPO. bei der Hinterlegungsstelle zur Sprache. A. hatte die Rückzahlung der hinterlegten Summe an ihn durch Vorzeigung eines Urtheils bewirkt, das den Arrest aufhob, ohne den Gegner zur Einwilligung in die Rückzahlung zu verurtheilen und ohne daß der Arrestat eingewilligt hatte. Die Hinterlegungsstelle klagte mit der cond. ind. auf Rückzahlung. Der Bekl. exzipirte, daß er aus dem Verwahrungsvertrage das Recht auf Zahlung der hinterlegten Summe gehabt, § 178 I 16 deshalb unanwendbar, und forderte widerklagend zugleich Zahlung eines andren hinterlegten

die dem letzteren gestattete und ausgeführte Verwendung in seinem Geschäfte und durch die fortdauernde Verzinsung des Geldes die Natur eines Darlehns angenommen haben, § 83 I 14 ALR. Diese Natur hat sich bis zur Rückzahlung des Geldes auch nicht geändert, indem Hypotheken für das Geld nicht angeschafft worden sind. Da ein fester Rückzahlungstermin für das als Darlehn geartete Geld nicht bestimmt war, so mußte, um die Schuld fällig zu machen, eine Aufforderung zur Rückzahlung an den Schuldner ergehen, §§ 757 ff. I 11; §§ 20, 54 I 16 ALR. In dieser Beziehung ist nach der Behauptung des Verklagten, zwischen ihm und dem Gemeinschuldner bedungen worden: „der Gemeinschuldner solle verpflichtet sein, auf jedesmaliges Verlangen des Verklagten, die von diesem übersandten Gelder, falls und soweit der Gemeinschuldner solche nicht in Hypotheken schon angelegt habe, selbst dann sofort zurückzusenden, wenn er sie in seinem Geschäfte verwendet habe." Diese Abrede würde, da der Empfänger ein Kaufmann war, auch in mündlicher Form zu Recht bestehen, Art. 274, 277, 317 HGB. Der Verklagte behauptet ferner, daß er einige Tage vor dem Tage der Rückzahlung des Geldes durch den Gemeinschuldner, den letzteren zur Rückzahlung des Geldes aufgefordert habe. Ist das der Fall, und war also eine Kündigungsfrist vertragsmäßig ausgeschlossen, so würde die Schuld, vermöge Abkommens, durch die Thatsache der Rückforderung, von selbst fällig geworden sein. (§§ 20, 54 I 16; §§ 757 ff., 761 I 11 ALR.; Seuffert, Archiv 16 Nr. 211, 18 Nr. 233.)

Betrages auf Grund einer Anweisung des Empfangsberechtigten. Die Hinterlegungsstelle kompensirte dagegen mit dem Anspr. aus der cond. ind., was der Bekl. nach §§ 363, 364 I 16 für unzulässig hielt. Das RG. hat hier ausgeführt, daß durch die Einzahlung, durch welche nach der HinterlO. v. 14. März 1879 der Staat Eigenthümer des Geldes geworden, ein Verwahrungsvertrag im Sinne § 9 h. t. nicht geschlossen, daß bei der Deponirung vertretbarer Sachen ein dep. nur bei Verpflichtung zur Rückgabe in specie vorhanden, bei Verpflichtung zur Rückgabe in genere von dem dep. nichts übrig bleibe, namentlich nicht so, daß der Deponent jederzeit aus der Deposition die Rückzahlung zu fordern berechtigt, die Einschränkung der §§ 363, 364 I 16 deshalb unanwendbar.

Unwesentlich für den Begr. des dep. ist, ob der Deponent Eigenthümer oder nicht, § 68 h. t. vgl. § 79 h. t., und ob Entgelt verabredet oder nicht, § 17 h. t.

3. Der Verwahrungsvertrag steht als Vertrag unter den allgemeinen Regeln, setzt Willensübereinstimmung über Uebergabe und Uebernahme zur Aufbewahrung, auf Seiten des Uebernehmers Verpflichtungsfähigkeit und die Erklärung des Willens in der gesetzlichen Form voraus, soweit aus der Willenserklärung Rechte und Pflichten entstehen sollen. Insoweit ist der Verwahrungsvertrag nach Preuß. R. Konsensualvertrag, OHG. 19 S. 17, 24, namentlich also insoweit es sich um das Recht und die Pflicht handelt, zur Aufbewahrung zu übergeben bez. zu übernehmen; die reale Natur tritt, wie beim Darlehn, dadurch hervor, daß die Verpflichtung zur Restitution lediglich durch die Empfangnahme mit dieser Verpflichtung begründet wird, ohne solche die formell übernommene Verpflichtung nicht entsteht und mit solcher die Verpflichtung auch bei formloser Uebernahme besteht, § 10 h. t. Ueber diese Verpflichtung und deren Empfang zur Restitution hinaus können andre Verpflichtungen nur wie bei andren Verträgen, d. h. durch formgültige Erklärung oder Erfüllung begründet werden. Deshalb kann der Vertragsunfähige Rechte aus dem Vertrage erwerben, aber keine Pflichten zur Aufbewahrung; selbst aus dem Empfange haftet er nicht vertragsmäßig auf Restitution, sondern ex v. i. r. oder mit der cond. s. c. oder aus dem Delikt, §§ 56—58 h. t., §§ 41 ff. I 6 Nr. 243. § 58 erweitert den Anspr. in etwas bei dem dep. miserabile, dessen sonst nur noch in § 43 h. t. erwähnt.

In RG. 1 S. 391 hatte A. Sachen an B. für 500 verkauft, B. bezahlt, A. die Sachen nicht übergeben, sondern mündlich mit B. verabredet, daß er sie für B. in Gewahrsam behalten und auf Verlangen herausgeben solle. Das RG. hat hier angenommen, daß dieser Vertrag über Verwahrung trotz § 10 h. t. den allgem. Formvorschriften unterliege, § 131 I 5, da §§ 9, 10 h. t. voraussetzen, daß der Deponent besitze und dem Depositar übergebe, nicht zutreffen, wo der Deponent nicht besitzt und nicht überträgt, sondern der Depositar besitzt. Hier folgt die Verpflichtung zur Restitution in Wahrheit nicht aus dem Empfang, sondern aus dem Rechtsgeschäft. Vgl. unt. Nr. 137, Bd. 1 S. 644, 645.

Gründe: d. Der vorige Richter nimmt an, daß der Verklagte, wenn der Hengst des Klägers ohne dessen Wissen von seinen Leuten zum Belegen der Stute benutzt wurde, für die nachtheiligen Folgen dieser Handlung nicht einzustehen brauche, indem es dem Kläger nicht habe entgehen können, daß die Pflege und Wartung des gedachten Pferdes den Dienstleuten des Verklagten anheimfallen würde, oder es doch wenigstens außerhalb der gewöhnlichen Voraussetzung gelegen habe, daß Verklagter sich fortgesetzt persönlich jener Pflege und Wartung, sowie der steten Beaufsichtigung desselben unterziehen werde, und der Implorant macht in dieser Hinsicht dem App.-Richter einen Verstoß wider den Rechtsgrundsatz: daß Stallmeister und Reitbahnbesitzer, die, zumal gewerbmäßig, Pferde zur Verwahrung, Fütterung, Pflege und Stallung übernehmen, die Handlungen ihrer Leute vertreten müssen, — zum Vorwurf, indem er deshalb a. auf die §§ 444 ff., 447, 448, 449 ff. II 8 ALR., b. auf die §§ 928, 929, 930 I 11 ALR., c. auf die §§ 9 ff., 80, 85 I 14 ALR., die er ebenfalls für verletzt erklärt, Bezug nimmt, während er zugleich hervorhebt, daß in der ganzen Lehre vom Depositum der Befugniß des Depositars, zu substituiren, nicht gedacht sei und hieraus folgert, daß letzterer, wenn er auch die deponirte Sache allerdings nicht Tag und Nacht zu überwachen brauche, doch jedenfalls für seine Substituten vollständig aufkommen müsse.

Diese Rüge ist jedoch nicht für begründet zu erachten.

Die §§ 444 ff., 447, 448, 449 ff. II 8 ALR., welche von der Verhaftung der Gastwirthe für Alles, was die von ihnen selbst oder von den durch sie bestellten

---

Auf der allgemeinen Vertragsnatur des dep. beruhen auch die §§ 59 ff., 63 ff. h. t. über die Korrealberechtigung und -Verpflichtung aus dem dep.

II. Aus dem dep. entsteht wie beim Mandat zunächst nur eine einseitige Verpflichtung für den Depositar. Dieselbe geht auf die Aufbewahrung, die Prästirung der diligentia dabei, die Rückgabe. Die Pflicht zur dilig. ist verschieden geordnet, §§ 11—23, 35 ff., 46, sie kann durch das Verhalten des Depositars gesteigert, unter Umständen gemindert werden, §§ 14, 72, 85. Zu erwähnen ist dabei StrA. 41 S. 83, daß der Verwahrer nicht verpflichtet, die Sache gegen Feuersgefahr zu versichern, auch wenn er seine eigenen versichert oder versichert hat, weil die dilig. quam suis in § 11 h. t. nur soweit wirkt, als die Verpflichtung zur Aufbewahrung reicht. Die Instruktionen des Deponenten für die Aufbewahrung hat der Verwahrer nach §§ 13 ff. zu beobachten, soweit die Sachlage nicht Abweichung erfordert oder, wie selbstverständlich, der Deponent die Abweichung genehmigt. Dies kann auch hier nachträglich und stillschweigend geschehn, z. B. durch jahrelanges Schweigen nach Anzeige von der Veränderung des Aufbewahrungsorts oder der Aufbewahrungsart, OHG. 4 S. 92, 96. Wie beim Mandat hat der Depositar regelmäßig selbst aufzubewahren, keine Substitutionsbefugniß, wenn solche auch nicht schlechthin ausgeschlossen, sich konkret von selbst verstehn kann. (Vgl. OHG. 20 S. 203, 204 in den Gründen nebenbei für gem. R.) Damit hängt die im Erk. d. behandelte Frage der Haftung des Depositars für seine Leute zusammen, die grundsätzlich zu verneinen. Anders lag StrA. 19 S. 52, wo A. dem Banquier B. Werthpapiere in Verwahrung gegeben, dieser sie seinem Lehrling übergeben, der sie einem dritten Unberechtigten ausgehändigt. Hier ist B. dafür verantwortlich gemacht, weil sein Verschulden entweder in der Uebergabe an den Lehrling oder in der ungenügenden Beaufsichtigung gefunden.

Die Hauptverpflichtung neben der custodia endlich ist die Verpflichtung zur Restitution zur rechten Zeit und am rechten Ort an den Deponenten oder dessen Vertreter oder den im Vertrage bestimmten Dritten. Die Verpflichtung geht auf Restitution der deponirten species; auch die an sich vertretbare deponirte Sache ist als solche unvertretbar. Rückgabe in genere genügt nicht, wenn sich der Deponent nicht mit diesem minus begnügt. Klar war dies in dem obigen Falle StrA. 19 S. 52, wo die deponirten Werthpapiere in Seehandlungsprämienscheinen bestanden, also grade die deponirte Nummer wegen der Gewinnaussicht von Bedeutung war, und zwar so, daß der Depositar, der die Rückgabe schuldhaft nicht leisten konnte, selbst für den Gewinn verantwortlich gewesen sein würde, der auf die Nummer gefallen, § 29 h. t.; OHG. 6 S. 9, 12. Restituirt wird die Sache mit allen Früchten und allem, was der Depositar an Nutzen sonst aus ihr gezogen, § 85 h. t. Der Anspr. auf Restitution der species wird mit der persönl. Klage aus dem Vertrage, kann aber auch mit der publ. oder vindic. geltend gemacht werden. Er begründet in und außerhalb des Konkurses die Aussonderung, § 35 KonkO., während der Anspr. auf Entschädigung oder Restitution in genere an Stelle der

Leuten aufgenommenen Reisenden in ihr Gasthaus gebracht haben, handeln, und die §§ 928, 929 I 11 ALR., wonach der Werkmeister oder Künstler die ihm übertragene Arbeit oder das bei ihm bestellte Werk ohne den Willen des Bestellers nicht durch einen Anderen ausführen oder verrichten lassen darf, und sich zwar dabei, wenn nicht das Gegentheil verabredet worden, fremder Gehülfen oder Mitarbeiter bedienen kann, jedoch die Handlungen derselben, insofern er sie selbst gewählt hat, vertreten muß, finden hier ebenso wenig Anwendung, als sich daraus der von dem Imploranten als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz ableiten läßt, und auch die auf das Verhältniß zwischen dem Deponenten und Depositar sich beziehenden Vorschriften stehen demselben, soweit von der Verantwortlichkeit des Verklagten für seine Leute die Rede ist, nicht zur Seite.

Der § 9 I 14, wonach ein Verwahrungsvertrag vorhanden ist, wenn Jemandem eine Sache unter der Verbindlichkeit übergeben worden, daß er sie aufbehalten und künftig zurückgeben solle, enthält hierüber gar keine Bestimmung, während der vorige Richter auch sonst nicht dagegen gefehlt hat, weil er den Verklagten als Verwahrer des ihm von dem Kläger übergebenen Pferdes betrachtet, und der § 80 a. a. O. verordnet zwar, daß der Depositar die ihm anvertraute Sache weder selbst nutzen, noch sie einem Anderen zum Gebrauche verstatten darf, während der § 85 besagt, daß derjenige, der die bei ihm niedergelegte Sache ohne des Deponenten Willen nutzt, allen davon gezogenen Vortheil herausgeben und selbst für den Zufall, durch welchen

---

species weder Aussonderungs= noch Absonderungsrecht begründet, OHG. 7 S. 296. An Stelle der Sache tritt der Werth, selbst im Falle der wesentlichen Veränderung der Sache nach § 86 h. t. (vgl. § 91 I 6; § 947 I 11); zweifellos ist der Anspruch auf den Erlös, wenn der Depositar veräußert hat, obwohl dieser Fall nicht erwähnt ist, §§ 14, 40, 85, 86, 62, 57, 58 h. t.; OHG. 19 S. 77.

Den Anspruch hat der Deponent, sein gesetzlicher Vertreter, § 71 h. t., der im Vertrage bestimmte Dritte unter den allgem. gesetzlichen Bedingungen. (Vgl. über den Fall des Art. 68 WO., Anspr. des Inhabers der Prima gegen den Verwahrer des Acceptexemplars OHG. 11 S. 390 ff.) Ein Beispiel für Geltendmachung des Anspr. durch den Vertreter giebt StrA. 62 S. 154. Die Ehefrau A. in GG. hatte Gelder bei B. hinterlegt. Der Ehemann A. untersagt die Auslieferung an die Ehefrau und klagt auf Herausgabe, wogegen B. exzipirte, daß der Ehemann nicht aktiv legitimirt, die Herausgabe auch an die Ehefrau entweder vor oder nach dem Verbote bereits erfolgt. Der 2. Richter wies ohne Weiteres ab, weil der Ehemann nicht aktiv legitimirt. Das ObTr. vernichtete, weil der Ehemann nach § 377 II 1 ebenso wie der gesetzliche Vertreter kein Andrer im Sinne § 24 h. t., die Ehefrau zwar wie der Minderjährige gültig deponiren und an sie vor dem Verbot gültig habe zurückgegeben werden können, aber nicht nach dem Verbot.

Gegen die Verpflichtung zur Restitution kann der Verwahrer weder fremdes Recht auf die Sache, §§ 68 ff. h. t., wenn auch sein eignes Eigenthum, § 79 h. t., geltend machen, noch eigne Forderungen, § 78 h. t., §§ 363, 364 I 16, noch Aushändigung an einen dritten Unberechtigten, § 24 h. t. Durch letztre macht er sich vielmehr nach § 25 h. t. verantwortlich, weil darin eine ihm nicht zustehende Verfügung über die Sache liegt, die sie der Disposition durch den Deponenten entzieht. Darum sind aber auch §§ 24, 25 in OHG. 4 S. 92, 96 nicht angewendet, wenn der Depositar nach Beendigung der Verwahrzeit die Sache einem Andren (Spediteur) zur Verwahrung für Rechnung des Deponenten übergiebt. Wenigstens aus § 25 h. t. wird der Verwahrer darum allein nicht verantwortlich, weil dadurch dem Deponenten die Disposition nicht entzogen wird, höchstens aus § 14 h. t., da der Verzug des Deponenten in der Abnahme dem Depositar an sich nur das Recht zur gerichtl. Deposition giebt, nicht zur Deposition bei einem Andren, wenn sich solche nicht aus dem Gesichtspunkte der neg. g. rechtfertigen läßt. Befreit von der Restitution und ev. Entschädigung wird der Depositar durch den Nachweis, daß er trotz Beobachtung der ihm obliegenden diligentia, die er zu beweisen hat, zur Rückgabe außer Stande. Im Falle der §§ 35, 36 h. t. wird die Beweispflicht noch strenger auf den Nachweis unabwendbaren Zufalls ohne jedes Versehn erhöht, und ein Nachweis, der durch die Thatsache allein, z. B., daß die Sache durch Brand zerstört, nicht ersetzt wird, OHG. 24 S. 305; Erk. b. Selbstverständlich ist, daß sich die Verpflichtung der §§ 35—37 nicht erstreckt auf den Verlust und die Verminderung der Sache durch ihre eigene innere Beschaffenheit, Schwinden, Leckage,

die Sache bei Gelegenheit des Gebrauches beschädigt oder verloren worden, einstehen muß.

Doch wird auch hierdurch die Frage nicht entschieden, inwiefern der Verwahrer, der sich, wie hier unbestritten feststeht und auch aus der Natur der Sache folgt, fremder Hülfe bedienen muß, für die Folgen des unerlaubten Gebrauches, den die zu jenem Zweck durch ihn angenommenen Dienstleute von der deponirten Sache gemacht haben, aufzukommen verpflichtet ist.

Nach § 11 a. a. O. liegt dem Verwahrer in allen Fällen nur ob, den ihm anvertrauten Gegenstand mit eben dem Fleiße zu verwahren, den er bei seinen eigenen Sachen von gleicher Art anzuwenden pflegt, und dem § 12 zufolge haftet er, wenn sich hiernach der Grund seiner Verantwortlichkeit nicht abmessen läßt, und die Art der Verwahrung seinem Gutbefinden überlassen worden, nur für ein grobes Versehen, wogegen er, wenn er die Verwahrung, wie hier, entgeltlich übernommen hat, nach § 17 für ein mäßiges und, sofern ihm die deponirte Sache, wie im vorliegenden Falle, in der Eigenschaft eines Sachverständigen anvertraut worden, dem § 23 I 3 ALR. gemäß, selbst für ein geringes Versehen aufkommen muß.

Daraus, daß Verklagter die Fütterung, Wartung und spezielle Pflege des ihm von dem Kläger anvertrauten Pferdes seinen Leuten überließ, kann ihm an sich kein Vorwurf gemacht, und es kann in dieser Art der Verwahrung kein ihm zur Last fallendes Versehen gefunden werden. Eben deshalb aber erscheint auch die Ansicht des Imploranten, daß Verklagter die Handlungen seiner Untergebenen unbedingt

---

Austrocknen u. a., StrA. 30 S. 170. Ueber die Beschränkung des Anwendungsgebiets der §§ 35 ff. auf die Fälle des eigentlichen dep. vgl. oben.

Einen unbedenklichen Fall der Aufhebung der Verpflichtung aus dem dep. behandelt OHO. 19 S. 17, wo einer Handlungsgesellschaft Werthpapiere zur Aufbewahrung gegeben, die Societät durch den Tod eines socius aufgelöst, von dem Deponenten die Papiere der unter den überlebenden Socien fortgesetzten neue Societät in Verwahrung belassen und ihr Ersatz durch andre Papiere gleicher Art genehmigt war. Hier waren die Erben des soc. aus dem ursprünglichen Verwahrungsvertrage zwar nicht durch den Tod des soc. und die Auflösung der Gesellschaft, aber jedenfalls durch den Umsatz der Papiere befreit.

Ueber den Inhalt der Ansprüche des Depositars und der act. dep. contr. vgl. die §§ 21—23, 42, 43, 44, 45, 76, 77, 78. Vgl. §§ 234, 238 ff. I 13.

Ueber die Verwandlung des dep. in Pfand durch mündl. Vertr. vgl. OHG. 20 S. 77 unt. Nr. 137, Bd. 1 S. 644.

Ueber die gerichtliche Verwahrung, §§ 92 ff., vgl. Hinterlegungs-O. v. 14. März 1879 nebst den Allgem. Verf. v. 9. u. 31. Juli u. 21. u. 26. Aug. 1879 und die obige Bemerkung über die Bedeutung der Hinterlegung von Geld und die Unanwendbarkeit der §§ 35 ff. h. t. auf den verwahrenden Beamten. Verschieden davon ist der in den §§ 99, 100 h. t. behandelte Fall der Verwahrung durch Bestellung eines Aufsehers (Sequesters). Der Richter handelt auch in diesem Falle kraft Amtsgewalt, nicht als Bevollm. der Interessenten; die in § 100 geregelte diligentia des Aufsehers betrifft das Rechtsverhältniß zu den Interessenten. Zur Sprache ist dies gekommen in StrA. 39 S. 141, wo der Käufer zwei Oxhoft Kognak zur Disposition gestellt und gerichtlich deponirt, das Gericht dieselben dem Bekl. zur Aufbewahrung übergeben hatte. Nachdem der Verkäufer sich mit der Auflösung des Kaufvertrages einverstanden erklärt, wies das Gericht den Bekl. an, die Fässer für Rechnung des Verkäufers an ein vom Verkäufer bezeichnetes Haus unter Nachnahme der Kosten zu verladen. Der Bekl. effektuirte dies durch einen Spediteur, das adressirte Haus nahm die Fässer aber nicht an. Der Verkäufer klagte darauf gegen den Bekl. auf Auslieferung oder Werthsersatz, weil er zur Effektuirung durch den Spediteur nicht befugt gewesen und das Adreßhaus zur Annahme gegen Zahlung der dadurch erhöhten Nachnahme nicht verpflichtet gewesen. Der 2. Richter wies ab, weil Kläger u. Bekl. in keinem Rechtsverhältniß ständen. Dies hat das ObTr. reprobirt, weil nach §§ 99, 100 h. t. der bestellte Aufseher allerdings den Interessenten bez. dem Eigenthümer verpflichtet, wenn auch der Richter ihn bestellt hat, l. 12 D. 16, 2. Die Klage ist aber abgewiesen, weil aus den behaupteten Thatsachen keine Verpflichtung zur Herausgabe der Fässer oder Ersatz des Werthes folgte (höchstens auf Erstattung der schuldbar verursachten Mehrkosten).

Ueber die Sequestration unbeweglicher Sachen vgl. Nr. 245.

zu vertreten habe, sowie der in dieser Beziehung aufgestellte und als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz nicht gerechtfertigt, vielmehr würde von einer dergleichen dem Verklagten obliegenden Vertretung nur dann die Rede sein können, wenn er eines bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung seiner Leute begangenen Versehens überführt wäre, und da dies nicht der Fall ist, muß dem vorigen Richter dahin beigetreten werden, daß Verklagter für die Folgen des unerlaubten Gebrauches, den seine Leute von dem Hengste des Klägers gemacht, nur wenn diese Benutzung desselben mit seinem Wissen oder seiner Genehmigung geschehen wäre, würde einzustehen brauchen.

Nr. 245. §§ 109—172 (173—177), §§ 103—108. Verwaltung. Begriff u. Abschließung. (Form.) Wirkungen. Sequestration.*)

a. Erk. v. 22. April 1839; ObTr. 4 S. 341.
b. Erk. v. 11. März 1852; StrA. 4 S. 377.
c. PlPräj. 2766 v. 16. Septbr. 1872; ObTr. 68 S. 13.
d. Erk. v. 7. Jan. 1857; ObTr. 34 S. 122.
e. Erk. v. 6. Septbr. 1849; ObTr. 18 S. 214.
f. Präj. 2169 v. 31. Dezbr. 1849; ObTr. 19 S. 192.

Im Falle a. hatte der Kläger dem N. Vollmacht ertheilt, seine Grundstücke zu verpachten, und den Beklagten beauftragt, die Pachtzinsen bei N. zu erheben, darüber zu quittiren und solche alsdann nach Anweisung und unter Leitung des N. unter seine, des Klägers, Gläubiger zu vertheilen. Nachdem im Laufe von etwa 2 Jahren die Grundstücke subhastirt waren, klagte Kläger gegen den Beklagten auf Rechnungslegung über die vereinnahmten Pachtzinsen. Der Beklagte wendete namentlich ein, dass nach §§ 154, 158 h. t. der Anspruch erloschen. Das ObTr. hat dies verworfen. — Im Falle b. war der Kläger als Schäfer beim beklagten Gutsbesitzer in Dienst getreten und bis zu seinem Tode verblieben. Als seine Erben auf Zahlung von Lohn und Deputat klagten, verlangte der Beklagte Rechnungslegung über die Verwaltung der Schäferei. Das ObTr. hat auf die Klage verurtheilt, die Widerklage abgewiesen. — Im Falle c. hatte der mündlich engagirte Verwalter, der das Gut des Beklagten äusserlich völlig selbstständig verwaltete, mit der Klägerin ohne Wissen und Willen des Bekl. bedeutende Getreidelieferungsgeschäfte abgeschlossen, obwohl die ihm ertheilte schriftliche Instruktion ihn bei Verkäufen über 50 Thlr. an den schriftlichen Beitritt des Herrn band. Als Klägerin unter Berufung auf § 131 h. t. auf Erfüllung klagte, ist sie in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle d. war die Niessbraucherin zweier Güter am 9. Okt. 1848 gestorben und von ihrem Testamentsexekutor die Güter am 25. Nov. 1848 dem Kurator der unbekannten Eigenthümer zur Verwaltung auf gemeinschaftliche Rechnung bis zum Ende des Wirthschaftsjahres, den 1. Juli 1849, abgetreten. Als nach Ablauf von mehr als 5 Jahren der Kurator der Erben der Niessbraucherin Rechnungslegung über die Nutzungen forderte, wies der 2. Richter aus § 158 h. t. die Klage ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle e. verlangte die Klägerin Zahlung einer am 1. Januar 1848 fällig gewesenen, vierteljährlich zahlbaren, auf dem Grundstücke des Bekl. eingetragenen Rente. Der Beklagte wendete ein, dass er die Rente auf Verlangen des inzwischen entlassenen Rentmeisters der Klägerin an diesen bereits im August 1847 gezahlt.

---

*) Vgl. Dernburg 2 § 184; Förster (Eccius) 2 § 142. — Ueber die auftragslose Verwaltung als Art der neg. g. §§ 166, 167 h. t. vgl. unt. Nr. 242a., Bd. 2 S. 631 RG. 6 S. 305. Ueber die §§ 173—177 vgl. Bd. 1 S. 958, 1073. — Abweichend vom

Der Einwand ist in 2. u. 3. Instanz verworfen. — Im Falle f. war der Verwalter einer Stiftung im Kaufgelderbelegungstermine eines Grundstücks, auf welchem für die Stiftung Kapitalien eingetragen, trotz Ladung nicht erschienen, dieselben deshalb nach den damaligen gesetzlichen Vorschriften praekludirt und der Stiftung ganz verloren gegangen, da auch die verpflichteten Grundstücksbesitzer fruchtlos exequirt wurden. Als die Stiftung deshalb gegen die Erben des Verwalters auf Ersatz klagte, wurde exzipirt, dass weder die Rechnung für das Verlustjahr, noch Schlussrechnung abgefordert, der Anspruch deshalb nach §§ 157, 158 h. t. beseitigt sei. In 2. u. 3. Instanz ist dies verworfen.

Gründe: a. Es bezeichnen die Parteien das zwischen ihnen zu Stande gekommene Rechtsverhältniß als einen *Vollmachtsvertrag*, und wirklich finden sich auch nur die Merkmale eines solchen, keinesweges die eines Verwaltungsvertrages, vor. Dem letzteren liegt zwar ebenfalls stets eine Bevollmächtigung zum Grunde; derselbe ist aber nicht nur, wie auch das Gesetz (§ 109 I 14 ALR.) ausspricht, *gemischter* Natur, sondern er unterscheidet sich überdies dadurch von dem einfachen Vollmachtsauftrage, daß, während bei diesem nur ein oder mehrere *einzelne bestimmte* Geschäfte Gegenstand des Vertrages sind, und für diese die Vollmacht die nächste alleinige Norm des Verfahrens des Beauftragten ist, die *Uebertragung einer Verwaltung immer die Befugniß zur Ausübung eines Inbegriffs von Rechten und Pflichten, die Befähigung und Verpflichtung zur Vornahme aller derjenigen Handlungen verleiht, welche zum Betriebe eines gewissen Geschäfts, oder zur Erhaltung und wirthschaftlichen Benutzung einer fruchttragenden Sache, falls diese Gegenstand der Verwaltung war, erforderlich sind, und dabei gewöhnlich vorkommen*. Daraus ergiebt sich zugleich der Grund, aus welchem das ALR. den Verwaltungsvertrag als ein besonderes Rechtsverhältniß betrachtet, und in verschiedenen Beziehungen, namentlich hinsichtlich der Rechnungslegung, nach andern Grundsätzen beurtheilt wissen will, wie den einfachen Vollmachtsauftrag. Der Bevollmächtigte nämlich, dessen Pflicht nur dahin gerichtet ist, die einzelnen ihm übertragenen Geschäfte, der Vorschrift des Machtgebers gemäß, auszuführen, ist nur schuldig, dem Letztern Rechenschaft über die Befolgung dieses Auftrags zu geben, da eine eigentliche Rechnungslegung, vermöge der einfachen Natur des Verhältnisses, nicht füglich stattfinden kann; das Verwaltungsgeschäft er-

---

röm. R. (Erk. c.) hat das ALR. den Verwaltungsvertr. zu einem besonders gearteten, aus Mandat und dep. gemischten, daneben regelmäßig mit Dienstmiethe verbundenen Vertrage gestaltet, dessen Inhalt die Vertretung des dom. in Bezug auf nicht einzelne, sondern einen Komplex von Rechtsgeschäften betreffend ein dem Verwalter anvertrautes Objekt ist, Erk. a. Essentiell ist das Anvertrauen einer Sache, § 116 h. t., in Bezug auf deren Verwahrung und Rückgabe der Verwalter als Depositar gilt, und die Vertretung des dominus. Ohne *Uebergabe eines Objekts* zur Verwaltung besteht Verwaltung so wenig wie mit bloßer Uebergabe zu faktischem Thun ohne Vertretung des Herrn im Sinne, wie es bei der Vollm. entwickelt. Deshalb lag Verwaltung nicht, sondern nur Dienstmiethe oder Mandat vor in StrA. 69 S. 315, wo A. den B. als *Wirthschaftsbeamten* mit ausgedehnten Befugnissen für Einnahmen und Ausgaben und Führung der Wirthschaftsrechnung in Bezug auf zwei Güter engagirt, die Güter aber nicht übergeben hatte. Die in foro der Güter als foro der Verwaltung, §§ 154 ff. I 2 AGO. § 31 CPO., angestellte Klage ist wegen Unzuständigkeit abgewiesen, §§ 109, 116, 165 h. t. Vgl. in ObTr. 40 S. 1 Erk. a. Nr. 172, Bd. 1 S. 929 und oben Erk. a. Weil Mandat nicht mit der Uebergabe der Sache verbunden, nur Dienstmiethe, lag Verwaltung nicht vor im Falle des Erk. b.

Aber das Mandat überwiegt (wie im Röm. R. l. 1 § 12 D. 16, 3), so daß in den §§ 109 ff. außer in § 109 nur auf die Bestimmungen über die Vollm. Bezug genommen wird, §§ 122, 125, 132, 142, 124, 125, 129, 130 h. t., und dies entspricht auch der Natur der Sache, da es bei der Verwaltung nicht so sehr auf die Aufbewahrung und Rückgabe, als auf die Ersetzung der Willensfähigkeit des dominus in der Nutzbarmachung der Sache und in dem Verhältniß zu Dritten ankommt. Davon sind auch die im Erk. c. mitgetheilten

fordert aber eine solche Rechnungslegung nothwendig, und daher finden sich im ALR. auch hier umständliche Vorschriften über die Art und Weise, wie die Rechnung gelegt werden muß; Vorschriften, die bei dem Ablegen der Rechenschaft über die Ausführung eines einfachen Vollmachtsauftrags in der Regel nicht Platz greifen.

Im vorliegenden Falle ging der dem Verklagten ertheilte Auftrag lediglich dahin, die Pachtgelder der durch den N. verpachteten Grundstücke des Klägers von den Pächtern zu erheben und nach Anweisung des N. an die Gläubiger des Klägers auszuzahlen. Durch die Ausführung dieses Auftrags ward der Verklagte nicht Verwalter des Klägers; vielmehr würde er, selbst wenn er die Grenzen seiner Vollmacht überschritten und sich etwa eine Administration der verpachteten Grundstücke angemaßt hätte, dennoch nicht nach den Vorschriften von der Verwaltung fremder Sachen (Abschn. 2 I 14 a. a. O.), sondern, in Gemäßheit der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 166, 167 I 14 ebend., nach den Vorschriften von der Uebernehmung fremder Geschäfte ohne Auftrag (Abschn. 2 I 13) zu beurtheilen sein.

Wenn nun demzufolge die Bestimmungen des Abschn. 2 I 14 von der Verwaltung fremder Güter hier nicht zur Anwendung kommen, so erledigt sich von selbst der Prinzipal-Einwand des Verklagten, daß dem Kläger die Verjährung entgegenstehe, weil er länger als fünf Jahre hindurch versäumt habe, dem Verklagten die Rechnungslegung abzufordern, indem der § 158 I 14, auf welchen Verklagter sich beruft, auf den vorliegenden Fall gar nicht paßt, hinsichtlich des Rechts eines Machtgebers, von dem Bevollmächtigten Rechenschaft zu fordern, aber in den Gesetzen eine andere, als die gewöhnliche Verjährungsfrist, nicht vorgeschrieben ist. Hierauf wird der Einwand des Verklagten wiederlegt, daß er die von dem Kläger jetzt geforderte Rechenschaft bereits dem N., als Bevollmächtigten des Klägers, abgelegt habe.

Da nun der Verklagte zugiebt, daß er dem Kläger selbst noch gar keine Rechenschaft abgelegt habe, so ist seine Verurtheilung dazu keinem Bedenken unterworfen, und muß daher das erste Erkenntniß bestätigt werden.

Gründe: b. Was den Rekonventions-Anspruch auf Rechnungslegung betrifft, so ist die Verpflichtung dazu in der angefochtenen Entscheidung nicht aus Bestimmungen des konkreten Vertrags, sondern aus der Natur des Schäferdienstes im Allgemeinen abgeleitet, und diese Natur nicht etwa aus provinzialrechtlichen Eigenthümlichkeiten, sondern lediglich und allgemein daraus konstruirt, daß die Heerde dem Schäfer übergeben werde, daß sie unter seiner Obhut stehe, und daß

Materialien ausgegangen. Die Praxis des ObTr. hat daraufhin die Bestimmungen über die Vollmacht überall zur Anwendung gebracht, wo es an ausdrücklichen speziellen Bestimmungen in den Vorschriften über die Verwaltung fehlt. So in ObTr. 15 S. 209 (Präj. 1708), vgl. unt. Nr. 120, Bd. 1 S. 541 und in StrA. 90 S. 358, die in den Erk. a. u. b. Nr. 238, Bd. 2 S. 576, 579 erörterten §§ 159, 160 I 13 über die Widerruflichkeit der Vollmacht, die Bedeutung des Widerrufs, den Widerruf durch Rückforderung, in StrA. 27 S. 86 den § 74 I 13, in ObTr. 72 S. 183 über Aufhebung durch den Tod, §§ 415, 416 I 5 § 186 I 13, und im Erk. c. über die Verpflichtung des dom. durch Handlungen des Verwalters Dritten gegenüber. In ObTr. 15 S. 209 ist wie für die Vollmacht der Grundsatz der einseitigen mündlichen Widerruflichkeit (ohne Anwendung des § 388 I 5) unter Vorbehalt des Schadensersatzanspruchs für den Verwalter ausgesprochen und ausführlich motivirt, in StrA. 90 S. 358 darauf und auf § 161 I 13 das Klagerecht des dom. auf Herausgabe des Verwaltungsvertrages gegründet. In ObTr. 72 S. 183 hatte A. auf Grund mündl. Vertrages das Gut des B. bis zu dessen Tode und noch einige Zeit nachher verwaltet und auf Grund des Vertrages angemessene Belohnung auch für die Zeit nach dem Tode eingeklagt. Hier ist angenommen, daß der Verwaltungsvertrag wie die Vollmacht durch den Tod des A. aufgehoben worden, indem unter Bezug auf ObTr. 15 S. 209; 68 S. 13 die in dem Verwaltungsvertrage vorherrschende Natur des Mandats dargelegt. Daraus folgte, daß für die Zeit nach dem Tode die Belohnung nur aus dem Gesichtspunkte der neg. g. oder v. i. r. gefordert werden konnte. Von besonderer Bedeutung ist das Erk. c., welches die Formvorschriften der Vollm. auf den Verwaltungsvertrag anwendet. Zu Erk. c. In StrA. 83 S. 99 hatte die Klägerin dem schriftlich engagirten Verwalter des Bekl. künstlichen Dünger geliefert und be-

ihre Vermehrung und Verminderung stattfinde, während er sie in seiner Gewahrsam und unter seiner Mitwirkung habe. Daraus zieht der App.-Richter das Resultat, daß der Schäfer Verwahrer und Verwalter der Heerde sei und dem Eigenthümer darüber Rechnung zu legen habe.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden, und erscheint der dagegen erhobene Angriff der Verletzung der §§ 133—141 I 14 begründet.

Das Wesen der Verwaltung besteht nach § 109 I 14 ALR. in einem Depositum und Mandat; beide vereinigt stellen das Rechtsverhältniß der Verwaltung dar, mit welchem gesetzlich die Pflicht zur Rückgabe der verwalteten Sache und zur Rechenschaftsablage verknüpft ist. In der von dem App.-Richter konstruirten Natur des Schäferdienstes fehlt nun aber gerade die Feststellung wenigstens der einen wesentlichen Seite jenes Rechtsverhältnisses, die des Mandats. Die Kriterien der Verwaltung sind überhaupt nicht in dem Schäferdienst seiner allgemeinen Natur nach zu finden. Er beruhet auf Vertrag, dieser ist als Dienstmiethe, als ein Vertrag über Handlungen, zu charakterisiren. Provinzialrechtlich kann nebenher, wie dies in der V. v. 3. Februar 1800 anerkannt ist, noch ein anderes Rechtsverhältniß unter der gewöhnlichen Bezeichnung eines Gemenge- oder Satz-Vertrages verabredet sein; ein solches ist aber von dem App.-Richter nicht festgestellt und auch nicht zum Ausgangspunkte seiner Entscheidung genommen worden. In dem von ihm erwähnten Reverse ist das Verhältniß des klägerischen Erblassers ebenfalls nur dahin bestimmt, daß er gegen Lohn und Deputat die Schafe hüten und versehen solle. Darin liegt überall Nichts von der Uebernahme der Pflichten eines Verwalters. Der Schäfer überkommt allerdings der Regel nach die custodia der Heerde, aber nicht anders als das Gesinde überhaupt die ihm anvertrauten Geräthschaften; daraus folgt nur die einfache Verbindlichkeit zur Rückgabe der in der custodia befindlichen Gegenstände und zur Vertretung des Fehlenden oder Beschädigten nach dem Grade des Versehens. Der App.-Richter, welcher diesem entgegen die Pflicht des Schäfers zur Rechnungslegung schon und lediglich aus der allgemeinen Natur des Schäferdienstes entnommen, und die Widerverklagten in der Rekonvention zur Rechnungslegung verurtheilt hat, verletzt durch diese Annahme die Grundsätze der §§ 133—141 a. a. O. Seine hierauf bezügliche Entscheidung unterliegt deshalb der Vernichtung, ohne daß es einer Erörterung des gleichfalls als verletzt bezeichneten § 177 II 5 ALR. weiter bedarf.

In der Hauptsache erscheint die Bestätigung des den Rekonventionsantrag auf

---

deutende Beträge dafür kreditirt, die sie nach der Entlassung des Verwalters einklagte, indem sie sich auf § 127 h. t. berief. Der Bekl. wendete ein, daß sein Verwalter nach dem schriftlich mit ihm geschlossenen Vertrage nicht befugt gewesen, die Geschäfte zu schließen, und berief sich auf die §§ 127, 129 h. t., §§ 90, 91, 96 I 13. Hier nahm das ObTr. an, daß aus § 109 h. t. nicht folge, daß die Formvorschriften für die Vollm. auch für die anders geartete, die Vertretung für einen Komplex von Geschäften begreifende Verwaltung maßgebend, vielmehr die Thatsache allein, daß Jemand faktisch als Verwalter eingesetzt, seine Dispositionsbefugniß im gesetzlichen Umfange herstelle, neben welcher der Dritte sich um den Inhalt des Engagementsvertrages nicht zu kümmern brauche; der § 129 h. t. betreffe andre Fälle, die §§ 91, 92, 96 I 13 seien für den Verwaltungsvertrag nicht anwendbar. Dieser Fall gab zu dem abweichenden PlPräj. Erk. c. Anlaß. Nach demselben ist auf den Verwaltungsvertrag Alles anzuwenden, was über die Form, den Ersatz derselben, die Wirkung des Mangels derselben im Verhältniß zwischen dom. und Verwalter und im Verhältniß zu Dritten bei der Vollm. erörtert ist. Etwas besonders enthalten die §§ 129, 130 h. t. über die Wirkung von Verträgen, die der Verwalter nicht ausdrücklich in eignem Namen, aber auch nicht ausdrücklich im Namen des dom. abschließt. Auch der Umfang der Befugnisse des Verwalters richtet sich daher zunächst nach dem Inhalt des Vertrages mit dem dom., und zwar dies absolut im Verhältniß zwischen beiden, StrA. 43 S. 216 (Besondre Instruktion), im Verhältniß zu Dritten können, wie bei der Vollm., andre Umstände in Betracht kommen. Wo Spezialvollm. für den Bev. nöthig, ist sie es auch für den Verwalter, §§ 98 ff. I 13. Besondre Bestimmungen enthalten die §§ 110, 113, 126—128, 131, 140, 162, 163 h. t. Darauf bezieht sich das Erk. e. über die Nichtberechtigung des Verwalters zur Vorauserhebung von

Rechnungslegung abweisenden ersten Urtheils unzweifelhaft. Inhalts des den Vertrag darstellenden Reverses hat der Erblasser der Kläger und Widerverklagten eine Pflicht zur Rechnungslegung nicht überkommen; aus der Natur des Schäferverding-Vertrages an sich folgt sie nicht, und durch die V. v. 3. Februar 1800 wird sie nicht begründet, weil deren §§ 1—13 sich von dem hier nicht vorliegenden Gemengevertrage verhalten, und für die Lohn- und Deputat-Schäfer in dem § 15 eine dem Verlangen des Widerklägers entsprechende Festsetzung nicht enthalten ist. Die Beweisaufnahme eines in dieser Beziehung behaupteten Gemeingebrauches erscheint unerheblich.

Anlangend die Konventionsforderung auf Zahlung des rückständigen Lohnes und Deputats, so hat der App.-Richter die Kläger nur deshalb zur Zeit abgewiesen, weil der Verklagte seine Verbindlichkeit aus dem Schäferkontrakte nicht eher zu erfüllen brauche, als bis Kläger die ihrige erfüllt, mit andern Worten, als bis die Kläger Rechnung gelegt hätten.

Da gezeigt ist, daß den Klägern und Widerverklagten eine Verbindlichkeit zur Rechnungslegung über die Verwaltung der Schäferei während der Dienstzeit nicht obliegt, so kann der Entscheidungsgrund des App.-Richters für haltbar nicht erachtet werden, und erscheint der die Verletzung des § 271 I 5 ALR. durch Anwendung auf einen Fall, für welchen er nicht paßt, rügende Angriff begründet.

In der Hauptsache war bei diesem Punkte das erste Urtheil zu bestätigen. Der Verklagte hat zugestanden, daß die Heerde zurückgegeben worden; er hat unterlassen, Vertretungs-Ansprüche in quali et quanto näher und bestimmt zu substantiiren; die Behauptung, daß er bei der Rückgewähr der Heerde den Klägern angezeigt, wie er Ansprüche auf Ersatz wegen fehlender Schafe zu machen habe, ist als zu allgemein nicht geeignet, eine Beweisaufnahme darüber rechtfertigen zu können.

Gründe: c. Das ALR., welches die Schriftlichkeit der Verträge, wo sie vorgeschrieben, nicht blos des Beweises wegen, sondern zur Rechtsbeständigkeit derselben erfordert, macht von dieser Regel in Bezug auf Verwaltungsverträge keine Ausnahme, verweist vielmehr allgemein auf die Vorschriften über Vollmachtsverträge. Die auf den § 109 I 14 folgenden §§ 110—128 handeln nur von den allgemeinen Pflichten und Befugnissen des Verwalters dem Prinzipale gegenüber, wobei auch des Kredit-Gebens und Nehmens Erwähnung geschieht. Diejenigen Bestimmungen, welche sich über die Verpflichtung des Prinzipales aus Verträgen des

---

Einkünften. Einen ähnlichen Fall behandelt StrA. 98 S. 140. Für ein in Folge des Ges. v. 27. Mai 1875 aufgelöstes Kloster war auf dem Grundstück des Bekl. ein verzinsliches Kapital eingetragen und der Bekl. hatte kurz vor der Auflösung die Zinsen auf 4 Jahre praen. an den Guardian des Klosters gezahlt. Der Staatskommissar forderte die vorausbezahlten Zinsen noch einmal und der 2. Richter verurtheilte ohne Weitres, weil der Rechtsnachfolger an die Zahlung nicht gebunden. Dies war unrichtig, weil aus §§ 30, 149 I 16 folgt, daß die Zahlung an den Berechtigten, so lange er berechtigt befreit und die praen. Zahlung von Zinsen an den Berechtigten durch nichts verboten. Das ObTr. vernichtete deshalb, bestätigte aber in der Sache unter Bezug auf das Erk. e., weil der Guardian als Verwalter zur Vorauserhebung nicht befugt gewesen, ebenso wenig wie zur Aenderung der Zahlungsmodalitäten überhaupt. Selbstverständlich war in beiden Fällen, daß wenn der Eigenthümer die Vorauszahlung genehmigt oder erhalten, die Zahlung wirksam, und daß der Eigenthümer ebenso wie der Machtgeber und dom. bei der Vollm. und neg. g. aus der Bereicherung oder v. i. r. verhaftet bleibt. StrA. 3 S. 272, wo der Verwalter unbefugt Verkäufe von Holz vorgenommen hatte. Hier hatte der Käufer das Holz herauszugeben oder den Werth zu zahlen, konnte aber das an den Verwalter gezahlte Kaufgeld kompensiren, soweit es der dom. erhalten, was nur daraus allein nicht folgte, daß es in das Kassebuch vom Verwalter eingetragen war.

Ein Beispiel zu § 131 h. t. giebt ObTr. 16 S. 175, wo der Verwalter im eignen Namen im Dezember die sämmtlichen Wollen des künftigen Jahres verkauft und 2000 Thlr. Angeld erhalten hatte. Als der Käufer auf Erfüllung gegen den dom. klagte, ist die Klage abgewiesen, weil der Verwalter zu solchem Verkauf, auch wenn anzunehmen, daß der Eigen-

Verwalters mit Dritten verhalten, sind in den §§ 129—131 enthalten, und auf alle Verträge anwendbar, welche der Verwalter mit Dritten schließt. Die Fassung des Marginale: „wegen anderer für den Prinzipal geschlossener Verträge" beruht auf einer ungenauen Ausdrucksweise; denn das das Wort „übrigens" im § 129 beweist deutlich, daß die Bestimmung dieses § nur insoweit im Gegensatze zu den unmittelbar vorhergehenden §§ steht, als diese blos das Verhältniß zwischen dem Prinzipale und dem Verwalter treffen. Die §§ 129—131, in Verbindung mit der im § 109 gegebenen Definition eines Verwalters, geben unzweideutig zu erkennen, daß überall, wo die Gesetze über den Verwaltungsvertrag nicht eine abweichende Bestimmung enthalten, die Frage, in wie weit der Verwalter durch Verträge mit Dritten den Prinzipal verpflichte, nach den Vorschriften über Vollmachtsverträge zu beurtheilen ist. Da nun rücksichtlich der Form die Vorschriften über den Verwaltungsvertrag nichts von denen den Vollmachtsvertrag betreffenden Abweichendes enthalten, so müssen diese auch auf den Verwaltungsvertrag Anwendung finden, wofür überdies die Fassung des § 166 h. t. spricht.

Nach dem § 8 I 13 kann aber ein Machtgeber von dem Dritten nur in Anspruch genommen werden, wenn der Bevollmächtigte durch schriftliche Vollmacht legitimirt gewesen ist, und überdieß muß, wenn in dieser auf eine besondere Instruktion hingewiesen ist, der Dritte sich die letztere vorzeigen lassen (§§ 91—96), widrigenfalls er sich wegen eines gegen die Anweisung des Machtgebers vollzogenen Geschäftes nur an den Bevollmächtigten halten kann. Diese Bestimmungen auf den Verwaltungsvertrag angewendet, muß daher auch ein mit dem Verwalter sich einlassender Dritter sich darum kümmern, wie weit sich die Befugniß des Verwalters zum Abschlusse von Verträgen erstrecke. Aus der Natur des Verwaltungsvertrages, mag auch der Verwalter thatsächlich die Sache selbstständig verwalten, folgt nicht, daß der Dritte ihm gegenüber besser gestellt werden solle, als bei dem reinen Mandate. Bei einer großen Gutsverwaltung springt dies noch mehr in die Augen. Das ALR. hat dies auch anerkannt. Die Vorschrift des § 140 I 13 gilt auch für den Verwalter; derselbe ist ohne besondere Vollmacht Darlehne aufzunehmen nicht berechtigt; er ist rücksichtlich des Kredit-Gebens und Nehmens für gelieferte Sachen und Arbeiten gemäß §§ 127, 128 a. a. O. beschränkt. Diese Vorschriften beziehen sich nicht blos auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Verwalter und Geschäftsherrn, stehen vielmehr auch dem Dritten entgegen. Dasselbe gilt von dem § 131 a. a. O.; es sind dies in gleicher Weise, wie die Bestimmungen über Rechnungslegung,

---

thümer selbst solche Geschäfte zu schließen pflege, nicht befugt, selbst die Zahlung des Angelds nach § 126 unzulässig. Auch hier würde der dom. das Angeld mit der cond. s. c. haben herausgeben müssen, wenn es in Einnahme gestellt und er es erhalten.

Das Verbot des Kreditirens, §§ 126—128, bezieht sich auf alle Geschäfte, mag sie der Verwalter selbst abgeschlossen haben oder nicht, oder es sich um Einnahmen überhaupt handeln, StrA. 43 S. 216. (Steuerrückstände, welche der Gemeindeeinnehmer kreditirt.) Ein Beispiel erlaubten Kreditirens, weil üblich und nöthig, § 128, giebt StrA. 20 S. 268, wo der Verwalter einer Glasfabrik den von auswärts verschriebenen Arbeitern Vorschuß auf Lohn gezahlt hatte, um das Auslösen ihrer vom Fuhrmann retinirten Sachen zu ermöglichen.

Für die Substitution gelten die Grundsätze der Vollmacht, §§ 121, 122 h. t. Substituirt der Verwalter für ein einzelnes Geschäft sich einen Bevollm., so steht der dom. dem Substituirten gegenüber wie der Machtgeber dem Substituten des Bevollmächtigten, d. h. er hat die act. mand. direkt. Vgl. den Fall StrA. 41 S. 40 unt. Nr. 239, Bd. 2 S. 590.

Die Pflichten des Verwalters konzentriren sich wie beim Mandat in der Rechenschaft, die sich hier zur Rechnungslegung gestaltet, über welche die §§ 133 ff. h. t. eine Reihe spezieller, nur für die Verwaltung anwendbarer Vorschriften geben. Vgl. unt. Nr. 239a., Bd. 2 S. 602. Mit ihr in Verbindung steht die Verpflichtung zur Buchführung, § 136 h. t., welche durch das bloße Sammeln und Aufbewahren der erforderlichen Materialien nicht ersetzt wird und so wesentlich, daß Vernachlässigung in StrA. 100 S. 337 als Grund der Entlassung des Verwalters anerkannt wird. Was unter Rechnung zu verstehn, wie dieselbe beschaffen sein muß, sagt das Gesetz nicht; das wird sich konkret nach der Art der Verwaltung richten. Absolutes Erforderniß ist nur, daß sie verständlich, keine bloße Zusammenstellung von Einnahme

§§ 135 ff., 162, 167, Vorschriften zu Gunsten des Geschäftsherrn. Der § 169 spricht klar aus, daß, abgesehen von den besonderen Vorschriften wegen Kredit-Nehmens und Gebens, nach den Grundsätzen von Vollmachts-Aufträgen zu beurtheilen sei, in wieweit der Prinzipal dem Dritten verpflichtet sein soll. Es kann auch aus den Vorschriften der §§ 126 ff. h. t., welche dem Verwalter in speziell bezeichneten Beziehungen in seinen Befugnissen gewisse Grenzen ziehen, nicht gefolgert werden, daß das aus dem § 129 a. a. O. sich ergebende allgemeine Prinzip habe alterirt werden sollen.

Endlich darf nicht unbeachtet bleiben, daß die ältere Ansicht mit den erheblichsten Gefahren für den Prinzipal verknüpft ist, da es, von derselben ausgegangen, diesem an jedem Mittel fehlen würde, sich Dritten gegenüber gegen solche Nachtheile zu schützen, welche ihm aus der Ueberschreitung der dem Verwalter kontraktlich gezogenen Grenzen erwachsen. Der neueren Ansicht steht auch die Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschriften des ALR. zur Seite. Nach röm. R. wurde der Verwalter aller Geschäfte eines Anderen einfach als dessen Mandatar nach den für ausreichend erachteten Grundsätzen vom Mandate, z. B. l. 6 § 6; l. 8 pr. D. 16, 1, beurtheilt. Aehnlich begreift auch nach dem C. Nap. Art. 1987, 1988 eine in allgemeinen Ausdrücken abgefaßte General-Vollmacht die Verrichtungen der Verwaltung in sich. Abweichend vom röm. R. ist bei der Redaktion des ALR. die Verwaltung fremder Sachen und Güter als ein in sich abgeschlossenes, besonderes Rechtsinstitut aufgefaßt und behandelt worden. Zwar ist sogleich gegen den ersten Entwurf des A.-R. Klein „von der übernommenen Verwaltung fremder Güter" von dem Geh. O.-R.-R. v. Kircheisen (Fol. 297 Vol. 27 der Materialien) erinnert worden, daß, da die darin „vorgeschlagenen Sätze am gehörigen Orte bei den Verträgen überhaupt, beim deposito, beim mandato, bei der negotiorum gestio, bei den Vormundschaften, bei den Faktors und bei den Verbrechen gegen den Staat" schon vorgekommen seien und zur Ergänzung dieser Titel gehörten, ein besonderer Titel unter obiger Rubrik manches dort schon vorgekommene Gesetz nur zweideutig machen würde, und er es daher weder für nothwendig, noch für zweckmäßig halte, einen besonderen Titel zu bilden. Der besondere Titel ist indeß beibehalten worden. Gegen den als Titel XXII Thl. II umgearbeiteten Entwurf (Fol. 258 v.—263 Vol. 28) hatte zwar der Geh. J.-R. v. Goßler nach dem Extrakte der monitorum (Fol. 239 Vol. 79) generell wieder die Frage angeregt, ob die Lehre von der Verwaltung fremder Güter nicht besser mit den Vorschriften des Titels 10 von der Uebernehmung fremder Geschäfte verbunden

---

und Ausgaben, deren Grund und Zweck nicht ersichtlich, daß zu ersehn, was, wofür, von wem, an wen, wann gezahlt bez. empfangen. Vgl. StrA. 66 S. 226 für gem. R. Beläge sind nach §§ 136, 137 h. t. nicht absolutes Erforderniß, wenn sie nicht zum Verständniß der Rechnung nöthig, die ohnedies solche nicht sein würde. Der Mangel der Beläge hat nur zur Folge, daß der unbelegte Rechnungsposten nicht passirt, vom Verwalter auf seine Kosten zu beweisen ist, §§ 137, 138 h. t.; ObTr. 11 S. 290, 296; StrA. 38 S. 225; OHG. 3 S. 267, 270; 7 S. 92. Es kann deshalb auch die Anwendung des § 154 h. t., wie in Präj. 617, von dem Vorhandensein von Belägen nicht absolut abhängig gemacht werden; in ObTr. 11 S. 290 ist denn auch angenommen, daß das Fehlen des Belags bei einem Posten den § 154 h. t. nicht ausschließt.

Die Rechnung hat der Verwalter dem Herrn zuzustellen, nicht blos vorzulegen, die Beläge als Beweisstücke mindestens zugänglich zu machen, StrA. 10 S. 41, § 160 h. t. und zwar nach §§ 135, 139 h. t. zu jeder Zeit auf Verlangen, nicht nothwendig erst nach Ablauf des im § 139 h. t. erwähnten Rechnungsjahres.

Die Rechnungslegung ist ein Recht des dom. und das Recht des dom. davon unabhängig, auch ohne und vor der Rechnungslegung durch den Verwalter Ansprüche aus der Verw. gegen denselben geltend zu machen, soweit dies ohne Rechnungslegung seitens des Verwalters möglich oder der dom. die Rechnung selbst aufmacht. Vgl. unter Nr. 239a., Bd. 2 S. 602, 603; OHG. 8 S. 51 (gem. R.); StrA. 42 S. 194; ObTr. 13 S. 210. In letztrem Falle z. B. handelte es sich um Verwaltung einer Brauerei für die Zeit vom September 1839 — April 1840. Als im Januar 1840 Inventur aufgenommen wurde, zeigte sich, daß nach derselben in der eignen Rechnung des Verwalters für die Vorzeit c. 1185 Quart Spiritus fehlten.

und noch hinter § 102 als eine besonders wichtige Gattung vorgetragen werden könnte, hinzufügend, daß die Grundsätze von der Rechnungslegung schon bei der Lehre vom Mandate von Nutzen sein würden. Es ist indeß darauf nicht eingegangen worden, indem Suarez in der revisio monitorum (Fol. 269 Vol. 80) entgegnete: „— Die Absicht ist — und a ratione fit denominatio — weil der administrator rei alienae sowohl an dem mandatario, als depositario partizipirt."

Ferner hatte v. Goßler noch generell erinnert, daß in allem Falle der Ausdruck „fremder Güter", worunter nur liegende Gründe verstanden zu sein schienen, einer näheren Bestimmung bedürfe, da die betreffenden Vorschriften auch da Anwendung fänden, wo Jemand das ganze Vermögen eines Anderen, es mögen darin Grundstücke befindlich sein oder nicht, oder einen Inbegriff von Sachen oder Rechten, z. B. eine Handlung oder Fabrik verwaltet habe ꝛc. Dies hielt Suarez für selbstverständlich und er erklärte sich mit der Erinnerung „allenfalls" einverstanden, in Folge dessen der vorliegende Abschn. 2 des Tit. 14 seine Ueberschrift in ihrer jetzigen Fassung erhalten hat. v. Goßler hatte ferner gegen den umgearbeiteten Entwurf (Fol. 239 Vol. 79) generell noch monirt: „Endlich dürfte es vielleicht von Nutzen sein, ganz ausdrücklich anzuordnen, daß Niemand ohne schriftlichen Auftrag sich der Verwaltung fremder Güter unterziehen dürfe. Dadurch dürften manche fremde Einmischungen, die nachher zu weitläufigen Händeln Veranlassung geben, vermieden werden ꝛc."

Hierauf hat Suarez (Fol. 270 Vol. 80) entgegnet:

„Ich sehe aber die Nothwendigkeit davon nicht ein. Der administrator r. a. ist mandatarius. Wie weit eine schriftliche Vollmacht nöthig sei, ist im Titel vom mandato gesagt. Hoc sufficit."

In dieser Entgegnung findet nicht nur die ganz allgemeine Vorschrift des § 109, daß der Verwalter, soweit von ihm fremde Geschäfte besorgt werden, als Bevollmächtigter anzusehen ist, noch ihre besondere Bestätigung, sondern es ist auch in der Beziehung, inwieweit für den Verwalter eine schriftliche Vollmacht erforderlich sei, ausdrücklich auf die Vorschriften in dem Titel von Vollmachtsaufträgen, den Abschn. 1 Tit. 13, Bezug genommen. In gleicher Weise lassen die Materialien des ALR. auch in spezieller Beziehung auf die §§ 127—129 h. t. die neuere Ansicht als die richtige erscheinen. Der ursprüngliche Entwurf enthielt die bezüglichen §§ noch nicht. Erst zum § 11 des umgearbeiteten Entwurfes (Fol. 358v.—363 Vol. 28), welcher § 11 dem Inhalte nach, mit dem jetzigen § 122, betreffend die Befugniß des Verwalters zur Substitution, übereinstimmte, hat Suarez bemerkt:

Trotzdem wiesen die Instanzen die Klage des Herrn auf Ersatz dieses Defekts ab, weil die Endrechnung abzuwarten sei, was offenbar verfehlt war, weil der konstatirte Defekt durch den Verwalter zu beseitigen war, entweder durch Entschädigung oder durch den Nachweis, daß seine eigne Rechnung irrthümlich oder der Defekt nur anscheinend vorhanden oder ausgeglichen. StrA. 42 S. 194 ebenso für einen ähnlichen Fall. Eine andre Frage ist, ob und wie im Laufe einer Rechnungsperiode ein Defekt zu erweisen; dies ist nur konkret zu prüfen und hat mit der Unzulässigkeit des Herausgreifens einzelner Rechnungsposten, OHG. 8 S. 51, nichts zu thun.

Die gelegte Rechnung ist abzunehmen und zu quittiren, §§ 143—145 h. t.; daß die Abnahme auch durch stillschweigende Willenserklärung gemäß §§ 58—61 I 4 erfolgen kann, darüber vgl. StrA. 99 S. 244 unt. Nr. 60, Bd. 1 S. 237. Die Abnahme und Quittung hat nach §§ 145 ff., 150—153 h. t. zur rechtlichen Folge, daß der dom. innerhalb der nächsten 10 Jahre nur noch Rechnungsfehler, dolus, d. h. absichtliche Entstellung des Ergebnisses der Verwaltung in der Rechnung rügen und Nachholung der Rechnungslegung über Geschäfte, über die sich die Rechnung nicht verhält, nach Ablauf der 10 Jahre aber letztres nicht mehr verlangen kann. In letztrem Falle genügt deshalb die bloße Behauptung und der Nachweis, daß eine faktische Einnahme in der Rechnung nicht enthalten, zur Begründung des Anspruchs nicht, sondern der dom. hat den Nachweis zu führen, daß die Einnahme betrüglich verschwiegen und unterschlagen, da dies aus dem bloßen Schweigen der Rechnung, das auf Versehn, Nachlässigkeit beruhen kann, nicht folgt. Suarez in v. Kamptz's Jahrb., Bd. 52 S. 19; StrA. 49 S. 73. Ohne solchen Nachweis wäre der Anspr. in Wahrheit nichts als das vom Gesetz abgeschnittene Verlangen auf neue, oder vervollständigte Rechnungslegung. Vgl. auch

„Diesem § würde ich noch folgende annektiren: „Darlehen im Namen des Prinzipales aufzunehmen, ist der Verwalter ohne dessen besondere Vollmacht nicht befugt.

„Kredit für gelieferte Sachen oder Arbeiten kann demselben nur in soweit gegeben werden, als es im Laufe der von ihm betriebenen Geschäfte gewöhnlich ist und ohne dergleichen Kredit das Geschäft selbst nicht gehörig betrieben werden darf.

„Nur unter gleichen Umständen ist der Verwalter Kredit zu geben berechtigt.

„Uebrigens verbindet der Verwalter durch seine auch auf eigenem Namen geschlossene Verträge den Prinzipal, wenn aus den Umständen klar ist, daß solche in Beziehung auf die ihm obliegende Administration geschlossen worden.

Doch erstreckt sich die Verpflichtung zu Lieferungen und anderen Prästationen, welche zu gewissen Zeiten wiederholt werden, ohne Einwilligung des Prinzipales nicht über den Ertrag des verwalteten Guts noch über die Zeit der Verwaltung."

Die 4 letzteren Sätze stellen sich als gesetzliche Vermuthungen für den Fall dar, daß über die bezeichneten Punkte der Verwaltungsvertrag selbst eine besondere Bestimmung nicht enthält.

Zu dem nach dieser und nach sonstigen Erinnerungen anderweit ausgearbeiteten Entwurfe (Fol. 192v. 193 Vol. 29) erscheinen die obigen 5 Sätze als die §§ 81, 82, 83, 84 und 85. Gegen die beiden letztern §§ 84, 85 sind (Fol. 239 Vol. 79) noch verschiedene Erinnerungen erhoben, namentlich von v. Goßler gegen den § 84, daß er eine Antinomie mit I 10 § 96, dem jetzigen § 154 I 13 „hat der Bevollmächtigte blos in seinem eigenen Namen kontrahirt, so kann der Andere nur von ihm die Erfüllung fordern" enthalte und daher wegbleiben könnte. Dieser Erinnerung trat indeß Suarez nicht bei, anführend:

„Er (der § 84) enthält keine Antinomie mit I 10 § 96, sondern eine Ausnahme von der Regel, welche nach der Natur der Sache und dem einmal gewöhnlichen Gange der Geschäfte nöthig zu sein scheint ꝛc."

Die drei ersteren §§ 81—83 dieses Entwurfes sind demnächst unverändert als die jetzigen §§ 126—128 I 14 beibehalten. Dagegen ist zwischen dem § 83 (jetzt § 126) und dem § 84 (jetzt § 130) der oben wörtlich angeführte, jetzige § 129 völlig neu eingeschaltet, wodurch die Absicht, in Betreff der Verhaftung des Prinzipales gegenüber dritten Personen, mit denen der Verwalter Verträge abgeschlossen, in allen Beziehungen die Vorschriften über den Vollmachtsvertrag zur Anwendung zu bringen, deutlich zu erkennen gegeben ist. —

ObTr. 33 S. 364 (StrA. 28 S. 264); StrA. 90 S. 292 unten. Dagegen gilt auch hier selbstverständlich der im Erk. f. dargelegte zweifellose Satz, daß der dom. nur das rechnungsmäßige Ergebniß der Verwaltung so wie es die gelegte Rechnung darstellt, als richtig und unanfechtbar gelten lassen muß, nicht aber die mit der act. dir. in der Verjährungsfrist verfolgbaren Ansprüche auf Prästiren der diligentia des Verwalters bei Führung der Verwaltung und die aus der Verletzung dieser dilig. erwachsenen Ansprüche verliert. Solcher Verlust könnte nur bei vorbehaltlosem Verzicht auf alle Ansprüche aus der Verwaltung, wie er mit der Decharge verbunden zu sein pflegt, eintreten. Noch zweifelloser ist, daß mit der Abnahme und dem Quittiren der Rechnung die act. dir. auf Herausgabe dessen nicht verloren geht, was der Verwalter erweislich aus der Verwaltung nicht blos eingezogen, sondern nicht abgeliefert und noch in Händen hat. Präj. 2191 II; ObTr. 18 S. 540 (ohne Gründe). Alle diese Ansprüche haben mit der Rechnungslegung, die nur das rechnungsmäßige Ergebniß der Verwaltung darstellt, entweder nichts zu thun oder werden doch, ebensowenig wie der Nachweis gegen den Inhalt einer Quittung, durch die Abnahme und Quittirung der Rechnung ausgeschlossen. Nach § 147 h. t. und dem Zweck und der Bedeutung der Rechnung und ihrer Abnahme und Quittirung ist es auch unbedenklich, daß dem Verwalter der Nachweis, daß er sich zu seinem Nachtheil geirrt, z. B. Ausgaben, die er faktisch gemacht, nicht gebucht und dadurch benachtheiligt, durch § 150 h. t. nicht abgeschnitten ist, StrA. 4 S. 61, 65. Der Abnahme und Quittirung steht die Nichtabnahme innerhalb 5 Jahren nach gehöriger Legung der Rechnung gleich; die Wirkungen sind dieselben; sie beruhen auf dem stillschweigenden Anerkenntniß, §§ 154—156 h. t. Nach Präj. 1560b. wird § 154 für den Verwalter dadurch nicht beseitigt, daß er, wozu er nach § 145 berechtigt, auf Abnahme klagt. Nach ObTr. 11 S. 290 (Präj. 1557) soll § 154 auch auf die einzelnen

Gründe: d. Der App.-Richter hat, ohne in die Sache selbst einzugehen, die Klage auf Rechnungslegung auf Grund des § 158 I 14 ALR. zurückgewiesen und den Präjudicial-Einwand der Verjährung für begründet erachtet. Er hat jedoch das Rechtsverhältniß der Parteien unrichtig aufgefaßt und das angeführte Gesetz irrig angewendet. Die durch den klagenden Curator vertretenen Erben der Nießbraucherin der Güter hatten nach § 151 I 21 ALR. das Recht, wenn sie sich nicht über die Bestellung eines gemeinschaftlichen Verwalters mit dem Vertreter der Eigenthümer einigten, die Güter selbst bis zum Ablauf des Wirthschaftsjahres für gemeinschaftliche Rechnung zu verwalten. Sie machten von diesem Recht keinen Gebrauch; der Testaments-Exekutor überließ vielmehr die Güter dem Vertreter der Eigenthümer, mit dem übrigens sich von selbst verstehenden Vorbehalt, daß die Verwaltung bis zum 1. Juli 1849 für gemeinschaftliche Rechnung geschehe. Kläger war auch ohne diesen Vorbehalt berechtigt, bei der Auseinandersetzung mit dem Verklagten den seinen Curanden gesetzlich zustehenden Antheil der Revenüen der Güter bis zum Todestage der Nießbraucherin, und zur Ermittelung dieses Antheils, Rechnungslegung zu forden, da Verklagter als der, welcher die Revenüen erhoben, dieselben manifestiren und also Rechnung legen mußte. Die Rechnungslegung ist hier nur das Mittel zur Verfolgung des gesetzlichen Rechts und eine nothwendige Bedingung der definitiven Auseinandersetzung, die Kläger verlangen kann. Wenn aber in solchem Falle der Eigenthümer verwaltet, so geschieht dies nicht auf Grund eines Administrations-Vertrages im Sinne des I 14 ALR., sondern aus eigenem Recht, und es tritt nur rücksichtlich der Revenüen, wenn dem Erben des Nießbrauchers noch ein Anrecht darauf zusteht, eine communio incidens ein. § 239 I 13 ALR. Verklagter würde daher auch ohne jenen Vorbehalt, gleich dem socius und negotiorum gestor, § 256 I 13, §§ 219 ff. I 17 ALR., allerdings rechnungspflichtig sein. Der Anspruch auf diese Rechnungslegung ist aber an keine andere Frist gebunden, als der auf Verabfolgung des gesetzlichen Revenüen-Antheils, welchen quantitativ festzustellen jene Rechnungslegung zum Zweck hat, und kann also nur durch dreißigjährige Verjährung erlöschen.

Verklagter ist weder Bevollmächtigter des Klägers, noch hat er einen Verwaltungs-Vertrag im eigentlichen Sinne über fremde Sachen geschlossen, er hat nicht einmal ausdrücklich sich verpflichtet, die Güter für gemeinschaftliche Rechnung zu verwalten, Rechnung zu legen und den Revenüen-Ueberschuß herauszugeben. Der Anspruch des Klägers beruht daher nicht auf einem Administrations-Vertrage, sondern auf dem gesetzlichen Recht der Erben des Nießbrauchers bei der Auseinandersetzung

---

unmonirt gebliebenen Rechnungsposten Anwendung finden. In dem Falle hatte der Rendant eines Waisenhauses seine Rechnung für 1817/18 im Jahre 1821 gelegt, die Direktion verschiedene Posten defektirt, über die zu ihren Ungunsten von 1825—1833 prozessirt wurde, und dann 1840 nochmals zwei bisher unmonirt gelassene Posten defektirt, auf Zahlung geklagt, weil sie nicht justifizirt. Hier ist zunächst ausgesprochen, daß der bloße Mangel des Belags bei einer Post, die Anwendung des § 154 nicht ausschließe und sodann, daß nach der ratio legis das Freilassen einzelner Posten auch bei Monitur andrer ein stillschw. Anerkenntniß insoweit enthalte. Unbedenklich ist der Satz nicht. Nicht anwendbar war § 154 in StrA. 4 S. 61, wo der Verwalter in der Schlußrechnung von 1848 einen Einnahmerest aus 1837 übertragen, der geringer war als der in der Rechnung von 1838 aufgeführte. Dies zu moniren war durch § 154 nicht gehindert.

Bei Erlaß der Rechnung läßt § 157 h. t. nur Ausstellungen gegen die Verwaltung zu, welche auf Betrug hinauslaufen, — und nach § 158 h. t. steht dem Erlaß die Nichtabforderung der Rechnung innerhalb 5 Jahre nach dem Verfall derselben gleich. Ueber die Kontroverse, ob der § 158 eine eigentliche Verjährungs- oder eine Erklärungsfrist statuirt, vgl. den letztres annehmenden PlBeschl. ObTr. 40 S. 1 Erk. a. Nr. 172, Bd. 1 S. 929, 931, 932. Daraus, daß keine Verjährungsfrist anzunehmen, folgt, daß die Abforderung, auch mündliche und außergerichtliche, genügt, um die Annahme des Erlasses auszuschließen und den Anspruch für die ordentliche Verjährungszeit zu erhalten, StrA. 33 S. 87. Damit unvereinbar ist der Satz in StrA. 7 S. 287, daß der dom. dem nach Ablauf der 5 Jahre auf Rückgabe der Kaution klagenden Verwalter die Einrede der nicht gelegten Rechnung entgegensetzen kann,

mit dem Eigenthümer. Es unterliegt aber nicht dem mindesten Bedenken, daß die Vorschrift des § 158 I 14 ALR. sich nur auf die Verwaltung **fremder** Sachen und Güter, und den eigentlichen Administrations-Vertrag bezieht. Dies ergiebt nicht nur der ganze Zusammenhang des zweiten Abschn. I 14, sondern auch wortdeutlich der Inhalt des §, der das Verhältniß eines Prinzipals zum Verwalter und dessen Verpflichtung zur Absorderung der Rechnung, sowie die Verpflichtung des Verwalters, jährlich Rechnung zu legen (§ 139), voraussetzt. Es ist völlig unstatthaft, diese Vorschrift analog auf ein ganz anderes Rechtsverhältniß zu beziehen, welches eine völlig verschiedene rechtliche Natur hat. Der rechnungspflichtige Eigenthümer, socius, negotiorum gestor 2c. hat weder die Verpflichtungen des Verwalters gemäß §§ 109 ff., noch ist er an die Billigung eines Prinzipals gebunden, ihn treffen nicht die Bestimmungen §§ 116 ff. wegen Verantwortlichkeit bei Vernachlässigung der anvertrauten Güter, unterlassener Beitreibung der Einnahme-Reste, der unvortheilhaften Vermehrung der Administrationskosten, wegen der durch seine Hände gehenden Gelder, wegen Substitutions-Befugniß, Kredit-Gebens und Nehmens, wegen anderer für den Prinzipal geschlossenen Verträge; auf ihn passen nicht die §§ 135 ff. von der Verpflichtung, genaue Rechenschaft zu legen und alle Einnahmen und Ausgaben ohne Zeitverlust einzutragen und mit bündigen Belägen zu rechtfertigen, jährlich Rechnung zu legen; auch ist hier kein Prinzipal vorhanden, der die Rechnung jährlich abnehmen müßte, und von dem der Verwalter Rechnungs-Abnahme und Decharge fordern darf. Die rechtlichen Folgen der Verzögerung der Abnahme der Rechnung durch den Prinzipal, wegen Erlaß der Rechnung, §§ 154 ff., 157 ff., treten so wenig ein, als der Anspruch auf Erstattung von Vorschüssen, Kosten und Besoldung und ein Retentions-Recht in dieser Beziehung.

Die exceptionelle Vorschrift des § 158 a. a. O. fließt ganz nothwendig aus dem Verhältniß des Prinzipals des dominus negotii, und des Eigenthümers zu dem Verwalter der fremden Sache, und der Natur des eigentlichen Administrations-Vertrages; auf andere Rechtsverhältnisse, in welchen eine Rechnungslegung gefordert werden kann, findet sie durchaus keine Anwendung.

Gründe: e. Der App.-Richter folgert aus den §§ 119, 122, 123, 105 I 13 ALR., daß der E. auch als Rentmeister zur Empfangnahme der vom Imploranten am 28. August 1847 geleisteten Vorauszahlung der erst zum 1. Januar 1848 fälligen Rente einer Spezialvollmacht der Imploratin bedurft habe.

Aus der feststehenden und eingeräumten Qualität des E. als Rentmeister ist,

---

§ 164 h. t., da davon nicht zu reden, wenn die Rechnung als erlassen gilt. Der Satz beruht offenbar auf der Annahme einer Verjährungsfrist in § 158. Bei länger andauernder Verwaltung erstreckt sich der fingirte Erlaß nach § 159 auf die einzelnen Jahresrechnungen, die zu legen gewesen wären, und nach ObTr. 24 S. 426 (StrA. 8 S. 293); Präj. 2432 wird die Wirkung des fingirten Erlasses dadurch nicht beseitigt, daß der Verwalter trotz des Erlasses nachträglich, z. B. bei einer Schlußrechnung, die nicht abgeforderte, als erlassen geltende Rechnung legt. In dem Falle hatte A. von 1834—1848 verwaltet, 1848 Schlußrechnung und Rechnung für die einzelnen Jahre der Verwaltung gelegt, die nie von ihm gefordert war. Hier ist angenommen, daß Monitur der Rechnung für 1837—1842 ausgeschlossen, soweit nicht der Beweis des Betrugs zu führen. Wie dieser zu führen, darüber vgl. oben ObTr. 33 S. 364 (StrA. 28 S. 264) u. StrA. 90 S. 292. Auch hier gilt aber der Satz des oben erwähnten Präj. 2191 II ObTr. 18 S. 540 und namentlich der Satz des wichtigen Erk. f., der den Sinn der „Ausstellungen gegen **die Verwaltung**" in § 157 h. t. in rationeller Weise einschränkt.

Für die act. contr. des Verwalters gilt wesentlich das, was unt. Nr. 240, 244 über die act. contr. des Bevollm. und des Depositars gesagt; auch in dieser Beziehung sind die unvollständigen Vorschriften des Abschn. aus den Regeln über die Vollm. zu ergänzen. Hinzutritt nach §§ 143, 144, 145 h. t. der Anspruch auf Abnahme und Quittirung der gelegten Rechnung. Ihr Inhalt ist wesentlich derselbe, vgl. §§ 142, 165 h. t., wird aber vielfach erweitert und anders gestaltet, wo der Verwaltungsvertrag, wie oft der Fall, mit einem Dienstmiethevertrag verbunden. Unbedungene Belohnung kann auch der Verwalter, soweit es sich

nach § 109 I 14 ALR., seine Bevollmächtigung zu den Geschäften eines Verwalters, und insbesondere eines Erhebers der Gutsrevenüen, außer Zweifel. Es kann daher nur die Frage sein, ob er durch diese Vollmacht auch ermächtigt gewesen, die Revenüen im Voraus zu erheben. Nach § 116 wird der Verwalter verantwortlich, wenn er die ausbleibenden Einnahmen beizutreiben verabsäumt, und nach §§ 162, 163 muß er Einnahme-Reste aus eignen Mitteln entrichten, wenn er nicht Kredit zu geben befugt gewesen. Von ausbleibenden Einnahmen und Einnahmeresten kann nur die Frage sein, wenn die Einnahmen fällig geworden sind. Nach §§ 127, 128 soll auch vom Verwalter nur Kredit genommen und gegeben werden können, so weit es im Laufe der Geschäfte gewöhnlich oder das Geschäft ohne Kredit nicht betrieben werden kann, Vorschriften, welche nicht im Entferntesten eine Vorauserhebung von Gutsrevenüen und Renten durch den Verwalter statuiren. Vielmehr enthält sogar § 126 eine ausdrückliche Festsetzung, in welcher ein allgemeines Prinzip zu erkennen ist, das einer Befugniß des Verwalters zur Erhebung von Geldvorschüssen widerspricht. Die Stelle lautet:

„Baare Darlehne im Namen des Prinzipals aufzunehmen, ist der Verwalter ohne dessen besondere Vollmacht nicht berechtigt."

Ferner erhellt aus den in §§ 129 und folgende ertheilten Vorschriften über die Verhaftung des Prinzipals aus Verträgen des Verwalters der Grundsatz: daß im allgemeinen Auftrage eines Verwalters die Berechtigung nicht schlechthin einbegriffen sei, über das Vermögen seines Prinzipals für die Zukunft, also auch über künftig erst fällig werdende Revenüen im Voraus zu disponiren. Der § 131 sagt ausdrücklich: „Doch kann der Verwalter durch Verträge über künftige Lieferungen und Prästationen den Prinzipal ohne dessen besondere Einwilligung nur insoweit verpflichten, als die Schließung solcher Verträge aus seinem Auftrage nothwendig folgt, oder bei Verwaltungen von der ihm aufgetragenen Art im ordinären Gange der Geschäfte gewöhnlich ist. Nach der eigenen Angabe des Imploranten hat der Rentmeister E. ihm eröffnet, daß Geldmangel in der herrschaftlichen Rentkasse sei, und ihn vermocht, die erst am 1. Januar 1848 fällige Rente schon am 28. August 1847 an ihn zu zahlen. Die Ermächtigung zu einem solchen Abkommen zwischen dem Rendanten und dem Abgabepflichtigen kann weder in seiner Eigenschaft als Rentmeister, noch im ordinären Gange des Rentenerhebungsgeschäfts gefunden werden. Eine solche Befugniß würde den Prinzipal außer Stand setzen, die Grenzen der Geldverwaltung seines Verwalters zu bestimmen, und sich gegen dessen mögliche Veruntreuungen und Beschädigungen zu wahren; und ist daher, weder nach den gesetzlichen, noch nach den faktischen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens, ohne besondre Bevollmächtigung des Prinzipals denkbar. Jede Verwaltung der Kasse eines

---

um die Vertretung handelt, nach § 74 I 13, der auch für die Verwaltung anwendbar, StrA. 27 S. 86; 21 S. 122 unt. Nr. 240, Bd. 2 S. 607, nicht fordern; da es sich aber bei der Verwaltung regelmäßig zugleich um Dienstleistungen handelt, sind die §§ 870, 873, 874 I 11 zu beachten. Auch die Grundsätze von der neg. g., cond. s. c., v. i. r. können unter den früher erörterten Voraussetzungen zur Anwendung kommen, wo der dom. durch ein Geschäft des Verwalters nicht gebunden, aber dadurch bereichert ist oder etwas in Händen hat. Solche Bereicherung ist natürlich zu erweisen, wird nicht einfach dadurch dargethan, daß eine Einnahme in das Kassenbuch eingetragen ist, StrA. 3 S. 272 oben zu §§ 116, 136 h. t., § 115 h. t.

Der § 165 h. t. über das Retentionsrecht (vgl. § 41 Nr. 7 KonkO.) hängt mit den §§ 68 ff., 76 ff. h. t. über das Retentionsrecht des Depositars zusammen. Es bezieht sich nach § 160 h. t., StrA. 42 S. 222 auch auf Bücher und Skripturen, soweit sie nicht die Rechnung nebst Belägen selbst sind. Das Kompensationsrecht ist dagegen unbeschränkt, der § 364 I 16 über den eigentlichen Verwahrungsvertr. hinaus auf den Verwalter wegen §§ 109, 118, 119 h. t. nicht auszudehnen. Klar war dies in StrA. 19 S. 144, wo der auf Zahlung der erhobenen Revenüen eines Grundstücks belangte Verwalter mit einem Betrage kompensirte, den er für die Klägerin zur Berichtigung einer Schuld an ihren Stiefvater gezahlt hatte. Wenn diese Zahlung auch nicht eine Ausgabe aus der Verwaltung war, für welche die Kompensationsbefugniß selbstverständlich, es sich um solche nicht einmal handelt, so konnten doch die Revenüen nicht als in Verwahrung gegebene Sachen gelten, der Verwalter nicht als

Andern und die darüber zu legende Rechnung muß sich, nach der Natur der Sache, auf Beläge gründen; und auch im § 136 ist dem Verwalter vorgeschrieben:

„Alle Einnahmen und Ausgaben muß er in die dazu bestimmten Bücher ohne Zeitverlust eintragen, und mit bündigen Belägen rechtfertigen."

Der Belag zu einer durch nicht vorauszusehende spezielle Umstände herbeigeführten, also ausnahmsweisen, Vorauserhebung von nicht fälligen Einkünften, da sie in dem Etat, Hebe-Register oder sonstigen allgemeinen Soll-Einnahme-Belage nicht vorausbestimmt sein kann, kann nur die, in jedem Falle nachzusuchende, besondre Anweisung oder Genehmigung des Prinzipals sein. Wer also vor der Verfallzeit, und wäre es auch nur einen Tag vor dem Fälligkeitstermine, an den Verwalter zahlt, kann durch die an den Verwalter geleistete Zahlung allein erst dann Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegen den Prinzipal erlangen, wenn dessen besondere Anweisung oder Genehmigung zur Vorauserhebung nachgewiesen werden kann.

Im gegenwärtigen Streite liegt also in der That ein solcher Fall vor, wo ein Verwalter, obgleich er nach § 122 I 13 ALR. eine vermuthete Vollmacht hat, nach § 123 einer Spezialvollmacht bedarf.

Wenn nun der App.-Richter angenommen, daß der E. zur Vorauserhebung nicht verfallener Revenüen eine Spezialvollmacht nöthig gehabt hätte, und dies aus den Vorschriften der §§ 119, 122, 123, 99, 105 I 13 und §§ 129, 130, 131 I 14 ALR. herzuleiten und nachzuweisen gesucht hat, so kann ihm ebensowenig eine unrichtige Anwendung dieser Gesetzstellen Schuld gegeben, als die Nichtanwendung der §§ 116, 136 I 14 ALR. vom Imploranten zur Last gelegt werden, zumal aus den letztgenannten Stellen nach dem Obigen nichts weniger, als das Gegentheil der Ansicht des App.-Richters folgt.

Gründe: f. Der App.-Richter begründet die Verwerfung der auf §§ 157, 158 I 14 ALR. gestützten Einrede einer fünfjährigen Verjährung durch die Ausführung: diese Verjährung setze einen Anspruch voraus, welcher gegen die Rechnung, falls sie wirklich gelegt worden, zu machen gewesen wäre; die hier ausgefallenen Kapitalien aber seien gar nicht Gegenstand einer Rechnungslegung gewesen. Dawider bemerken Imploranten: die Pflicht des Rechnungslegers beziehe sich nicht bloß auf Einnahme und Ausgabe, nach § 135 das. müsse der Verwalter von allen in seine Verwaltung einschlagenden Geschäften Rechenschaft ablegen; hier habe der Verwalter die durch die Präklusion eingetretene Veränderung, nämlich den Verlust der Hypothek bei seiner Rechnungslegung erwähnen müssen. Der Richter verletzte somit den § 135 a. a. O. Diese Rüge ist ganz verfehlt. Allerdings war der Ver-

Depositar im Sinne § 9 h. t. Die compens. ist deshalb zugelassen. Auch in dieser Beziehung überwiegt der Charakter des Mandats.

Die act. contr. verjährt wie die des Bevollmächtigten. Ihre Natur als solche entscheidet auch da, wo der Verwalter in der Verwaltung für die Sache Handwerksarbeiten liefert, für die ihm als Handwerker der § 1 Nr. 1 des Ges. v. 31. März 1838 entgegenstehn würde. Für die Zulassung der kürzeren Verjährung fehlt hier die ratio legis. Vgl. StrA. 86 S. 190 unt. Nr. 180a., Bd. 1 S. 1016.

Nach § 171 h. t., §§ 151 ff. II 6 unterliegt die Anwendung der besondren Bestimmungen dieses Abschn., namentlich der §§ 154 ff., 157, 158 auf die Verwalter von Korporationen und sonstigen Privilegirten keinem Bedenken, ObTr. 11 S. 290; Präj. 1550a. Das Präj. 676 wendet § 154 auch auf die Verwalter öffentlicher Kassen und Anstalten an. Das Erk. d. verneint die Anwendung aber aus guten Gründen über die Fälle der Verwaltung hinaus, welche auf einem eigentlichen Verwaltungsvertrage beruhen, z. B. auf das Verhältniß des Eigenthümers und Nießbrauchers, des socius, Bevollm., neg. gestor (wenn die n. g. nicht genehmigt, vgl. unt. Nr. 242a.), und ebenso StrA. 44 S. 307 die Anwendung des § 158 h. t. auf das Verhältniß des zur Rechnungslegung verpflichteten unredlichen Besitzers (ObTr. 49 S. 21 bei I 15), StrA. 48 S. 108 auf das Verhältniß der Gesellschaft aus Verträgen, wo ebenfalls ohne die Rechnungslegung der Auseinandersetzung das Fundament fehlen würde. Dagegen hält StrA. 28 S. 263 die §§ 136 ff., 159 wieder anwendbar auf die Rechnungslegung des überlebenden Ehegatten, der mit den Kindern in der s. g. fortgesetzten Gemeinschaft geblieben ist, §§ 656, 657 II 1 u. ObTr. 33 S. 364 auf die vormundschaft-

walter schon nach seinen allgemeinen, in den §§ 110, 116 a. a. O. gedachten Obliegenheiten verbunden, seinem Prinzipal den Verlust der Hypothek für die Stiftungskapitalien anzuzeigen. Keineswegs aber gehörte diese Anzeige in die jährlich zu legende Rechnung, welche die für den Prinzipal erfolgten Einnahmen und Ausgaben angiebt, belegt und gegen einander abwägt, §§ 136 ff. I 14 ALR., § 12 I 45 AGO. Daß aber hinsichtlich der Kapitalien von dem Verwalter etwas in Einnahme oder Ausgabe zu stellen gewesen sei, behaupten Imploranten gar nicht. Dagegen geht nun der Hauptangriff der Imploranten gegen die richterliche Ausführung noch weiter, indem sie den Satz aufstellen: die §§ 157, 158 a. a. O. schützten den Verwalter gegen Ansprüche des Prinzipals, ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft in die zu legende Rechnung gehört habe oder nicht; weil ja in dem Falle des § 158, abgesehen von einem Betruge, alle Ausstellungen gegen die Verwaltung des Verwalters abgeschnitten sein sollen. Der Richter verstoße also in obiger Ausführung gegen die genannten Paragraphen.

Die implorantische Deutung hält indessen nicht Stich, zumal wenn sie eine Anwendung auf den vorliegenden Fall leiden soll. Zunächst läßt sich in keiner Weise annehmen, daß, wenn der Prinzipal dem Verwalter eine Rechnung abzufordern durch fünf Jahre vernachlässigt hat, er dann seiner Ausstellungen nicht nur gegen die zu legen gewesene Rechnung, also gegen die darin aufzunehmenden Einnahmen und Ausgaben, sondern gegen den ganzen Umfang der Verwaltung verlustig gehen, daß er also auch alle Ansprüche gegen den Verwalter verlieren soll, falls dieser etwa gegen § 110 einen drohenden Schaden nicht abwendet, gegen §§ 111, 112 eigenmächtig von der bisherigen Betriebsart abweicht, gegen § 116 die anvertrauten Güter vernachlässigt, gegen §§ 118, 119 die baaren Bestände, statt sie zu bewahren, für sich benutzt u. s. w. Für eine so exorbitante Bestimmung würde es an jedem Grunde fehlen, der nicht auch für verwandte Vertragsverhältnisse, z. B. das Mandat einträte. Es wäre gar nicht abzusehen, in welcher Verbindung die Nichteinforderung der Rechnung mit dem Erlaß aller sonstigen Verschuldungen des Verwalters stehen sollte, ohne Rücksicht darauf, ob sie aus der zu legenden Rechnung irgend hätten ersehen werden und zu Monitis hätten Anlaß geben können oder nicht. Auch würde mit der implorantischen Annahme der § 148 nicht wohl zu vereinen sein. Denn da der Verwalter wegen solcher Geschäfte, die in der gelegten Rechnung nicht mit vorgekommen sind, ungeachtet der ihm ertheilten Quittung verantwortlich bleiben soll, so wäre es sehr seltsam, wenn in Bezug auf solche Geschäfte, welche in der Rechnung gar nicht vorkommen konnten,

---

liche Verwaltung. Letztres war schon wegen der speziellen Vorschriften in §§ 647 ff., 862 ff. (866) II 18 bedenklich. Noch weniger Anhalt dafür geben jetzt die §§ 56 ff., 67 ff. VO. Gegen die Verschleppung der Rechnungsabnahme durch den früher Bevormundeten giebt dem gewesenen Vormund der auf dem allgem. Prinzip der bona fides beruhende § 143 h. t., der allgemein verwendbar, Schutz. Der Erlaß der Rechnungslegung, wie er auch für den Vormund zugelassen, kann auch hier nicht weiter wirken als in § 157 h. t. bestimmt. Vgl. § 69 Abs. 2 VO.

Die gerichtliche Verwaltung beweglicher und unbeweglicher Sachen ist gemäß § 105 h. t. nach den Vorschriften der §§ 109 ff. zu beurtheilen. Besondre Bestimmungen für den speziellen Fall der Subhastation enthält jetzt darüber das Ges. v. 13. Juli 1883, §§ 98, 139 ff., 180. In ObTr. 50 S. 168 (StrA. 50 S. 270) hatte der gerichtliche Sequester eines Ritterguts den Kläger als Inspektor auf 1 Jahr engagirt, der Eigenthümer ihn nach Aufhebung der Sequestration vor Ablauf des Jahres entlassen. Es kam in Frage, ob der Inspektor von dem Eigenthümer wie aus einem mit diesem selbst geschlossenen Vertrage Entschädigung für die vorzeitige Entlassung fordern konnte. Dies ist in allen Instanzen verneint, weil der Sequester nach §§ 105, 109, 122 h. t. zwar zur Annahme eines Gehülfen befugt gewesen, aber doch nur für sich und für die Dauer der Sequestration, der engagirte Inspektor in ein Rechtsverhältniß zu dem Eigenthümer nicht getreten sei, der Sequester sei nicht Bevollm. des Eigenthümers, ebenso wenig wie der Exekutor, der Eigenthümer nicht Prinzipal des Sequesters. Diese Sätze müssen auch jetzt als geltend anerkannt werden. Vgl. auch noch § 78 RKonkO.

der stillschweigende Rechnungserlaß von dieser Verantwortlichkeit befreien sollte. Es ergiebt nun auch andererseits der Zusammenhalt der §§ 157, 158 mit dem Vorhergehenden und Folgenden, namentlich mit dem Ausdrucke „Ausstellungen gegen solche Rechnung" im § 155, und dem Satze: „die stillschweigende Erlassung (des § 158) erstreckt sich immer nur auf die einzelnen Jahresrechnungen" im § 159, daß auch im § 157 unter den „Ausstellungen gegen die Verwaltung" nur die auf die Rechnungslegung des Verwalters bezüglichen gemeint sein sollen. Ueberhaupt würde bei dieser, sowohl exzeptionellen, als neuen und eigenthümlichen Bestimmung des ALR. (Motive zum Entw. der Tit. 14, 16 I ALR. S. 14) der engeren Auslegung der Vorzug zu geben sein.

Nr. 246. §§ 178—199 (245—248, 273—276), §§ 200, 201 (380—384), §§ 202—205, 206, 207—218, 219 (220—244), 249—256, § 296, §§ 363—372, § 376. Kaution u. Bürgschaft. Begriff der Bürgschaft. Voraussetzungen. Abschluß. Form. Oertliches Recht. Fähigkeit. Die stillschweigende Bürgschaft. mandatum qualificatum. Andre Arten der Bürgschaft (Frauen-, Wechsel-, Handels-), After- und Rückbürge.*)

a. Präj. 1590 v. 4. Juni 1845; ObTr. 12 S. 231.
b. Erk. v. 9. Novbr. 1865; StrA. 62 S. 26.
c. Erk. v. 21. Jan. 1858; ObTr. 38 S. 105 (StrA. 28 S. 169).
d. Erk. v. 28. April 1870; ObTr. 63 S. 301.

Im Falle a. schuldete A. der Märkischen Gewerkschaftskasse ein Darlehn, welches auf seinen Grundstücken eingetragen war. Für dasselbe übernahm B. in einer gerichtlichen Urkunde der Kasse gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft mit der Verpflichtung zur Zahlung an bestimmtem Tage, aber mit der Einschränkung, dass die Hypothek zuerst angegriffen werden müsse. Als die Gläubigerin, der die Bürgschaftsurkunde ausgehändigt, ihn wegen des Ausfalls bei der Subhastation der Grundstücke in Anspruch nahm, behauptete er Ungültigkeit der Bürgschaft, weil sie nicht gemäss § 205 h. t. ausdrücklich acceptirt. Dies ist verworfen. — Im Falle b. hatte der Kläger auf Veranlassung des A. sich bereit erklärt, dem O. Fruchtlieferungen zu kreditiren und A. schriftlich die Bürgschaft übernommen, nach einigen Jahren aber den Bürgschaftsschein zurückgefordert und dem Kläger erklärt, dass er nicht ferner ermächtigt, dem O. auf seine Gefahr zu kreditiren. Als Kläger ihn für spätere Lieferungen in Anspruch nahm, hat das ObTr. gegen den 2. Richter abgewiesen. — Im Falle c. hatte A. den B. mündlich beauftragt, dem S. ein Darlehn von 250 Thlr. auf seine, des A., Rechnung zu geben, er werde es zurückgeben, B. dem S. das Darlehn gegeben und sich von S. einen Schuldschein ausstellen lassen. Als B. gegen A. auf Zahlung klagte, kam in Frage, ob der mündliche Auftrag genügend. Der 2. Richter wies lediglich deshalb ab, weil durch die Ausstellung des Schuldscheins seitens des S. für B. das Auftragsverhältniss beseitigt, S. lediglich Schuldner des B., nicht A. Schuldner des B. Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt. — Im Falle d. hatte Kaufmann

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 476, § $412_{19, 20}$, § 476_3 (m. qual.); Dernburg 2 §§ 240, 241, 242, 248; Förster (Eccius) 2 § 140; Stobbe, Privatrecht 3 §§ 191, 192. Kaution: Dernburg 1 § 145; Förster (Eccius) 1 § 48. — Kaution, Pfand,

A. gegen Kaufmann G. eine Wechselforderung für gelieferte Cigarren, für welche C. mündlich mit der Erklärung, er komme für die pünktliche Einlösung auf, Bürgschaft übernommen haben sollte. Der 2. Richter verurtheilte auf die Klage des A. gegen C., ohne die streitige Thatsache zu erörtern, ob C. auch Kaufmann. Das ObTr. ist beigetreten.

Gründe: a. Der von den Verklagten erhobene Einwand des Mangels der Rechtsbeständigkeit der Bürgschaft ist nicht durchgreifend. Der erste Richter hat der Klägerin die Vorschrift des § 205 I 14 entgegengesetzt. Eine Zuziehung der Gläubigerin zu dem gerichtlichen Bürgschafts-Akt ist in der That auch nicht erfolgt. Die Urkunde besagt nichts darüber. Auch an einer damit zusammenhängenden späteren Erklärung der Gewerkschaftskasse fehlt es. Die Klägerin hat zwar geltend gemacht: sie habe bei der Subhastation des Gutes des Hauptschuldners dem Bürgen, jetzt dessen Erben, litem denunzirt, und darin sei jedenfalls eine ausdrückliche Annahme der Bürgschaft zu finden. Der erste Richter verneint dies. Er setzt der Klägerin entgegen: sie habe, was die Zeit der Annahme betreffe, jedenfalls die Vorschriften über die Acceptations-Fristen bei Verträgen, ALR. I 5 §§ 90 ff. beobachten müssen.

Der zweite Richter hat nur zur Erledigung der Meinung des ersten Richters die Ansicht ausgesprochen, die Bürgschaft enthalte einen Vorbehalt im Sinne des § 205 nicht. Und diese Annahme ist begründet. Die Regel im § 204 ist: „Sobald der Bürge die Uebernehmung der Bürgschaft unbedingt und ohne Vorbehalt erklärt hat, ist die Verpflichtung, auch ohne ausdrückliche Annahme des Berechtigten, begründet."

Versicherung, Bürgschaft haben den wirthschaftlichen Zweck der Sicherung gemein, inhaltlich sind sie verschieden. Kaution drückt überhaupt nur jenen Zweck und das Sicherungsmittel, das verschieden sein, in Pfand oder Bürgschaft bestehn kann, aus. Das Pfand giebt dem Gläubiger seine Sicherheit in dem Recht, sich aus der Pfandsache zu befriedigen. Die Versicherung begründet eine von Anfang an selbständige persönliche Verpflichtung des Versicherungsgebers, für eine fremde Gefahr aufzukommen mit seinem Vermögen, deren Bestand von dem Eintritt der Gefahr und der Beschädigung durch dieselbe abhängig ist. Vgl. darüber und über den Untersch. von Versicherung und Bürgschaft OHG. 5 S. 332. Von alle dem unterscheidet sich die Bürgschaft, auch wenn sie, was nach §§ 363 ff. h. t. (Art. 290, 370 Abs. 3 HGB.) zulässig, gegen Entgelt übernommen, dadurch, daß der Bürge durch einen Vertrag mit dem Gläubiger, dem Gläubiger gegenüber, eine auf diesem Vertrage beruhende besondre persönliche Verbindlichkeit übernimmt, neben einem dritten Schuldner, dem Hauptschuldner, dessen Verbindlichkeit zu erfüllen, entweder falls die Erfüllung von demselben nicht zu erlangen und soweit sie nicht zu erlangen, oder an erster Stelle neben ihm (selbstschuldnerisch), §§ 200, 297. Ihr rechtlicher Inhalt besteht in dieser persönl. Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber aus besondrem Rechtsgrunde, der neben die causa der Hauptschuld tritt und ihr ihren accessorischen, subsidiären Charakter giebt. Dadurch, daß sie auf einem besondren Vertrage mit dem Gläubiger beruht, Erk. a. (einen Fall der Bürgsch. ex lege statuirt VO. § 32 Abs. 3), unterscheidet sie sich von dem s. g. Garantie- oder Schadloshaltungsvertrage (prom. indemnitatis), wie er in l. 8 § 1; l. 19 pr. §§ 1—4 D. 16, 1; l. 6 § 1 C. 4, 29 vorkommt und in OHG. 10 S. 86 behandelt, wo A., B., C. in Gesellschaft die Konkursmasse einer Handlung übernommen, um sie zu versilbern und die Gläubiger zu befriedigen, D. schriftlich sich verpflichtet hatte, für den Ausfall aufzukommen, den sie etwa erleiden möchten. Hier lag keine Erklärung dem Gläubiger gegenüber vor, und ebenso wenig Bürgschaft wie im Falle der Erklärung eines Dritten dem Schuldner gegenüber, daß dessen Schuld übernommen, bezahlt, im Zahlungsfalle für sie eingetreten werden solle, oder im Falle der Erklärung für die Gefahr einstehen zu wollen, die Jemand durch Erbschaftskauf, Vermögensübernahme oder Uebernahme fremder Schuld auf sich nimmt. Dadurch daß persönliche Verbindlichkeit übernommen, unterscheidet sich die Bürgschaft von der mißbräuchlich oft Realbürgschaft genannten Verpfändung für dritte Schuld, bei der der Verpfänder nicht persönlich haftet, deshalb weder von dem benef. ord. noch von den §§ 311, 356, 359, 283 ff., 259 h. t. die Rede ist; vgl. §§ 49—52, 163, 164, 482 I 20; StrA. 8 S. 212; 36 S. 327; 44 S. 113, ebenso wenig wie von Anwendbarkeit des § 338 h. t. (benef. ced. act.), ObTr. 77 S. 26.

Die Auslegung dieser Bestimmung erscheint nicht zweifelhaft. Daß der Gläubiger am Rechtsgeschäft gar nicht Theil nehmen dürfe, spricht das Gesetz nicht aus. Dasselbe verlangt aber keine ausdrückliche Annahme. Damit ist zugleich das Erforderliche bezeichnet. Auch eine stillschweigende Willens-Aeußerung durch Handlungen, Seitens des Berechtigten, reicht zu einer gültigen Annahme hin. Es ist auf die Vorschriften des ALR. I 4 §§ 58 ff. über Willenserklärungen, und § 78 I 5 ff. über die Acceptation bei Verträgen zurückzugehen.

Stillschweigende, durch Handlungen sich äußernde Willens-Erklärungen haben mit den ausdrücklichen gleiche Kraft. Nur da, wo die Gesetze zur rechtsgültigen Form des Geschäfts eine ausdrückliche Erklärung erfordern, ist eine stillschweigende Willens-Erklärung unkräftig. Die Bürgschaft enthält einen Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger. Der Bürge bietet seine Verpflichtung für den Schuldner an. Der Gläubiger muß das Versprechen annehmen, wenn es bindend sein soll. Dies folgt aus der Natur des Rechtsgeschäfts, als eines Vertrages. Das Gesetz erfordert aber keine ausdrückliche Annahme. Damit will es daher nichts weiter sagen, als: eine stillschweigende, durch Handlungen zu erkennen gegebene Annahme ist genügend. Eine Annahme überhaupt konnte der Gesetzgeber nicht für überflüssig erklären, wenn er nicht zugleich den von der Bürgschaft untrennbaren Begriff eines Vertrages zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger aufheben wollte. Der Grund, weshalb dem Gesetzgeber eine stillschweigende Annahme genügend erschien, ist ferner in der rechtlichen Natur der Bürgschaft zu suchen. Sie ist ein accessorischer Vertrag. Sie dient zur Verstärkung der Hauptverbindlichkeit. Der Gläubiger erhält zu dem ursprünglichen Schuldner noch einen zweiten Schuldner. Sein Recht wird also in

---

Dadurch, daß die Bürgsch. Verpflichtung aus besondrer Erklärung, deren rechtl. Inhalt die accessorische Verbindlichkeit zu zahlen, was ein Andrer schuldet, unterscheidet sie sich von der Korrealverbindlichkeit, vgl. unt. Nr. 123, Bd. 1 S. 557; OHG. 20 S. 47 unt. Nr. 249, durch ihren accessorischen Charakter von der expromissio, welche den alten Schuldner befreit, und dadurch, daß der Bürge neben den Schuldner einer fremden Schuld und für denselben eintritt von der Uebernahme der Gewährleistung für die cedirte Forderung durch den Cedenten, die stets nur Uebernahme einer eignen Verpflichtung zur Vertragserfüllung aus eignem Rechtsgeschäft ist, nicht Intercession, ObTr. 59 S. 108; StrA. 11 S. 52. Vgl. unt. Nr. 212a., Bd. 2 S. 283. Intercession ist die Bürgschaft ebenso wie die Verpfändung für dritte Schuld, expr., mand. qualif. im § 213 h. t., constit. deb. alieni, dessen das ALR. nicht expresse erwähnt, aber zweifellos so zuläßt, wie das gem. R. Ob Intercession im Sinne der Bürgschaft gemeint, ist aus dem Inhalt der Erklärung konkret zu ermitteln. Andres meint § 202 h. t. nicht, wenn er die ausdrückliche Erklärung fordert, für die Verpflichtung eines Dritten haften zu wollen. Damit ist nicht gesagt, daß die Erklärung mit den Worten des Gesetzes (Haftung für die Verpflichtung eines Dritten) erfolgen müsse; die Erklärung muß diesen Verpflichtungswillen nur deutlich ergeben, wenn er auch durch Interpretation ermittelt wird. Auch hier ist wie in § 581 I 11 das „ausdrücklich erklärt" der Gegensatz zu dem stillschweigend erklärten, aus Handlungen zu ermittelnden, I 4 §§ 58, 60, 65. Deshalb genügt z. B. die Erklärung, dafür aufkommen zu wollen, daß ein Dritter zahlt, Erk. d., für die Sicherheit einer Forderung einstehn zu wollen, ObTr. 43 S. 150, für Jemand einzutreten, OHG. 6 S. 277, dafür sorgen zu wollen, daß der Dritte, dem man Kredit verschaffen will, zahle, OHG. 16 S. 412 (unten beim mand. qual.), die Uebernahme des del credere, Art. 370 HGB., OHG. 14 S. 212, die Garantieübernahme dafür, daß der Gläubiger nichts verlieren wird, OHG. 13 S. 272 (sächs. R.), das Versprechen, die Schuld eines Andren zu bezahlen, RG. 10 S. 186. Vgl. auch OHG. 9 S. 180; 16 S. 299, 303, ferner Erk. a. Nr. 249 u. ObTr. 5 S. 336; 18 S. 225 daselbst. Im Allgemeinen wird nach dem Grundsatze der §§ 400, 401 h. t. die Intercessionserklärung eher als Bürgschaft, denn als Intercessionserklärung durch Uebernahme einer Solidarverbindlichkeit aus dem von einem Andren eingegangenen Vertragsverhältniß aufzufassen sein, wie solche auch nach Preuß. R. möglich, RG. 5 S. 11, 14; OHG. 14 S. 32, Nr. 123, Bd. 1 S. 557 u. Nr. 124, Bd. 1 S. 563. Andrerseits bestimmt der Ausdruck „verbürgen" nicht den Inhalt der Verpflichtung, wenn sich derselbe als Nichtbürgschaft ergiebt. Keine Bürgschaft, sondern selbständiger Versicherungsvertrag liegt vor, wenn durch eine Versicherungsgesellschaft dem

Ansehung der Sicherheit erhöhet. Insoweit läßt sich die einfache, die ursprüngliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht ändernde, dieselbe vielmehr in Beziehung auf die Person des Verpflichteten nur verstärkende Bürgschaft, im Verhältniß zum Gläubiger, als ein lediglich den Vortheil des Letzteren bezweckender Vertrag auffassen. Der Gläubiger übernimmt durch die Acceptation des Versprechens des Bürgen keine, die ursprüngliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners beschränkende oder abändernde Verpflichtungen. Demgemäß war kein innerer Grund vorhanden, die Annahme der Bürgschaft durch Handlungen auszuschließen. Meistens erfolgt sie durch Aushändigung und Annahme des Bürgschafts-Instruments.

Anders steht die Sache, wenn der Bürge nur bedingt, oder mit Vorbehalt sich verbürgen will. Bedingung und Vorbehalt können Einfluß haben auf die Natur, den Umfang, die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit. Dies ist auch oft der Fall, und ändert häufig die Stellung des Gläubigers zum Hauptverpflichteten. Hier hat deshalb das Gesetz die Wirksamkeit der Bürgschaft von einer ausdrücklichen Annahme Seitens des Berechtigten abhängig gemacht. Die ausdrückliche Annahme erfordert, nach Verschiedenheit der Fälle, öfter auch eine besondere Form, nämlich die schriftliche Erklärung. Eine stillschweigende Willens-Erklärung ist in solchen Fällen nicht hinreichend. Eine Anwendung dieser Grundsätze hat der Gesetzgeber bei der Expromission eintreten lassen. Bei ihr ist die ausdrückliche, selbst schriftliche, Einwilligung des Gläubigers erforderlich. Dies erklärt sich einfach aus der Natur der Expromission, bei der der alte Schuldner ganz ausscheidet, und ein neuer Schuldner statt dessen eintritt, § 400.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so kann die Vorschrift des § 205 von einer bedingten, oder mit Vorbehalt übernommenen Bürgschaft der Art, daß der

---

zeitigen und künftigen Eigenthümer einer Hypothek dieselbe gegen Subhastationsverlust verbürgt wird, OHG. 5 S. 332. Erheblich erweist sich hier der Unterschied von Bürgschaft u. Versicherung insofern, als mala fides des ersten Hypothekeninhabers bei der Versicherungnahme den Bestand des Versicherungsvertrages berühren kann. Bürgschaft liegt trotz mancher Aehnlichkeit der Versicherung mit der entgeltlichen Bürgschaft in solchem Falle nicht vor, weil nach dem Zweck, der Intention der Kontrahenten und dem Inhalt der Verpflichtung die Versicherungsgesellschaft nicht für den Schuldner intercedirt, nicht für ihn eintreten will und neben ihm schulden will, sondern eine davon ganz unabhängige selbständige Verpflichtung übernimmt.

In Beziehung zu § 202 steht § 206 insofern er bestimmt, daß die Mitunterzeichnung eines von einem Andren in der Einzahl ausgestellten Schuldscheins nicht als Mitverpflichtung, sondern als Zeugniß gelten soll, abgesehn von Wechseln, bei denen sie nach § 785 II 8 als Bürgschaft galt, welche Vorschrift jetzt durch Art. 81 WO. ersetzt ist. Damit hat der § 206, der nach § 202 selbstverständlich, seine Bedeutung für Tit. 14 verloren und gehört in den Tit. 11 zu den §§ 730—732. In solchem Falle gilt der an erster Stelle Unterzeichnete als der verpflichtete Aussteller. Das „im zweifelhaften Falle“ im § 206 läßt indessen keinen Zweifel darüber, daß keine praes. j. et d. j. hat aufgestellt werden sollen, sondern eine durch Gegenbeweis zu beseitigende praes. juris, StrA. 83 S. 214 unt. Nr. 216a., Bd. 2 S. 338. Ueberdies bezieht sich die Vorschrift nur auf Schuldscheine, d. h. Urkunden, in welchen der Aussteller erklärt, daß er aus einem bestimmten Rechtsgeschäft etwas schulde oder schulden wolle, OHG. 20 S. 400, 402, oder, wie StrA. 80 S. 232 in einem Falle, wo es sich um Empfangsbekenntniß über Leihe, vgl. zu I 21 §§ 229 ff., handelte, sagt: Urkunden über den Empfang vertretbarer, der Gattung nach zu erstattender Gegenstände, §§ 731 bis 732 I 11, § 129 I 13. In OHG. 20 S. 400, 402 wird deshalb ein Schuldschein im Sinne Art. 274 Abs. 2 in einer Bürgschaftserklärung nicht gefunden, in welcher der Bürge allgemein für künftige Schulden aufzukommen sich verpflichtet.

Aus der accessorischen Natur der Bürgschaft folgt nicht blos, daß die Forderung aus der Schuld und die Forderung aus der Bürgschaft nicht getrennt in verschiedenen Händen bestehn kann, Cession der Rechte aus der Bürgschaft ohne die des Hauptanspruchs rechtlich unmöglich ist, sondern auch nothwendig, daß sie ohne die Existenz einer fremden Obligation nicht bestehn kann; der Bürge kann nicht schulden, wenn der Hauptschuldner nicht schuldet. Darauf beruht z. B. auch RG. 10 S. 1, daß keine Wechselverbindlichkeit entsteht, wenn der Wechsel vom Aussteller allein mit dem Zusatze „als Bürge“ gezeichnet ist. Deshalb ist ungültig nicht blos die Bürgschaft für objektiv unstatthafte Verbindlichkeiten, sondern auch für unklagbare Ver-

Gläubiger eine ausdrückliche Annahme hätte erklären müssen, hier nicht in Anwendung kommen. Die Bürgschaft ist eine unbedingte. Der Erblasser der Verklagten hat die Schuld als Selbstschuldner übernommen. In der Verbindlichkeit selbst ist nichts geändert worden. Die Bürgschaft enthält nur eine Entsagung des beneficii excussionis, des Rechts des Bürgen, den Gläubiger zuvörderst zur Klage gegen den Hauptschuldner zu verweisen, §§ 270, 297, 307, 292—295 I 14 ALR. Die Schuld, durch welche die Bürgschaft übernommen wurde, war eine durch ein Unterpfand gedeckte Schuld, eine Realschuld. Hier tritt nun gleich der Unterschied zwischen der gewöhnlichen, erst subsidiarisch eintretenden Verhaftung des Bürgen und der Prinzipalverhaftung des als Selbstschuldner verpflichteten Bürgen hervor. Beim gewöhnlichen, für eine Realschuld haftenden Bürgen muß der Gläubiger, bevor er den Bürgen angreifen kann, nicht blos alle Grade der Real-Exekution durchgehen, sondern auch die Exekution in das übrige Vermögen des Hauptschuldners vergeblich nachsuchen, § 295. Anders verhält es sich mit dem Bürgen, der als Selbstschuldner haftet; dann fällt diese Verpflichtung des Gläubigers weg. Hier hat nun der Bürge zwischen dieser Grenze in der Verpflichtung desselben im ersten und letzten Fall eine Beschränkung eintreten lassen. Er hat erklärt: er wolle als Selbstschuldner haften, doch nur so, daß erst die Real-Exekution vorangehen müsse. Nur dem beneficio excussionis ist beschränkt entsagt worden. Dieser Fall kann nicht unter die Vorschrift des § 205 von bedingten Bürgschaften, oder Bürgschaften mit Vorbehalt gestellt werden. Eine Bedingung oder ein Vorbehalt in Betreff der Hauptverbindlichkeit, an die bei Anwendung der Vorschrift nur gedacht werden kann, ist nicht gemacht worden. Hiernach ist eine stillschweigende Annahme der Bürgschaft genügend. Diese ist in der Aushändigung des Instruments

---

bindlichkeiten. Ungültig ist deshalb z. B. Bürgschaft für wucherliche Forderung, RGes. v. 24. Mai 1880 Art. 3 Abs. 2, RG. 8 S. 97, 98, für simulirte Forderung, vgl. StrA. 34 S. 312 unt. Nr. 249, aber auch für Verbindlichkeiten aus formell ungültigem und deshalb unklagbarem Geschäft, § 251 h. t., § 109 I 5. Grade aus dem Gegensatze von § 251 u. § 254 h. t. folgt, daß die s. g. moralische Verbindlichkeit, §§ 178, 179 I 16 zwar für die soluti retentio, die Ausschließung der cond. indeb. und die nov., §§ 467, 468 I 16, genügt, aber nicht als Grundlage für die accessorische Verbindlichkeit der Bürgschaft. So ObTr. 71 S. 232, welches bei I 16 §§ 178 ff. mitgetheilt. In diesem Falle war schriftlich ein Erbrecht zu einem simulirten höheren Preis, als wirklich verabredet, verkauft, vom Käufer ein Schuldschein ausgestellt, vom Kläger Bürgschaft übernommen. Nachdem Käufer in Vermögensverfall gerathen, zahlte der Bürge, sein Regreß gegen den Käufer wurde aber abgewiesen, weil derselbe schon vorher das Kaufgeschäft aufgerufen hatte. Als nun der Bürge gegen den Gläubiger kondizirte, drang er gegen beide Instanzen durch, weil er irrthümlich ein von ihm für rechtlich bestehend erachtete, in Wahrheit unverbindliche Verpflichtung erfüllt, da der Kaufvertrag beim Mangel der schriftlichen Stipulation des wahren Kaufpreises und da die Zahlung durch den Bürgen als Erfüllung durch den Käufer im Sinne § 146 I 5 nicht gelten konnte, gemäß § 109 I 5 ganz ungültig, die Bürgschaft unverbindlich. Ueber die Bedeutung des § 254 h. t. und seine Anwendung auf Bürgschaft für unkonsentirte Darlehne von Militärpersonen vgl. das PlPräj. 2659 Erk. a. Nr. 215, Bd. 2 S. 323. Im Uebrigen ist die Bürgschaft für rechtsgültige Forderungen jeder Art zulässig, §§ 249, 250, 261, 265, 266, 268, 271, 279, auch für künftige, StrA. 61 S. 308; OHG. 9 S. 187; ObTr. 77 S. 417 (Stempelpflichtigkeit der Bürgschaft für künftige Schuld, Kreditauftrag), für die cedirte Forderung seitens des Cedenten dem Cessionar gegenüber, RG. 4 S. 274 zu § 425 I 11 unt. Nr. 212a., Bd. 2 S. 289, 290. Ein Beispiel zu § 250 giebt StrA. 60 S. 176, wo der Regierung gegenüber von dem Gutsherrn Bürgschaft auf bestimmte Summe für das Wohlverhalten eines polnischen Ueberläufers, den er aufgenommen, bestellt war. Vgl. auch §§ 118 ff. StPO. Ob die Hauptobligation besteht, wieweit sie reicht, was danach der Hauptschuldner und accessorisch der Bürge schuldet, bestimmt sich natürlich nach dem örtl. Recht der Hauptobligation. Daraus folgt aber nicht, daß die Bürgschaftsobligation überhaupt dem örtl. Recht der Hauptobligation unterliegt. Grade daraus, daß sie auf einem besondren Vertrage mit dem Gläubiger beruht, ihre causa in diesem Vertrage hat, die selbständig neben die der Hauptschuld tritt, folgt, daß ihr Inhalt wie ihre Form nach ihrem eignen örtl. Recht zu beurtheilen ist, zumal sie durch Abreden zwischen Gläubiger und Bürgen inhaltlich näher bestimmt werden

an den Gläubiger zu finden. Auf letztere hat auch der Hauptschuldner beim Bürgschafts-Akte ohne Widerspruch des Bürgen ausdrücklich, nach Inhalt der Urkunde, angetragen. Sonach fällt der Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit der Bürgschaft an sich dahin.

Gründe: b. Nach der Feststellung des App.-Richters hat durch den Bürgschaftsschein v. 20. Juni 1859 dem Kläger für die Forderungen aus dessen Verkehr mit dem O. und insbesondere für diejenigen Forderungen, welche in Folge desselben entstehen würden, Sicherheit gewährt werden sollen. Darnach ist dieser Schein die Veranlassung zu den nach seiner Ausstellung entstandenen Forderungen gewesen. Dadurch stellt sich derselbe und die damit übernommene Bürgschaft als eine solche dar, welche nach dem gemeinrechtlichen Sprachgebrauche ein mandatum qualificatum genannt wird, und gleichmäßig auch im ALR. als eine Bürgschaft behandelt ist, die dadurch entsteht, daß dem Gläubiger erklärt wird, für die Forderungen, die er dem Schuldner kreditire, übernehme der Erklärende die Garantie, § 213 I 14.

Für die in Folge solcher Ermächtigung entstandenen Forderungen des Kreditirenden haftet der Erklärende subsidiär; die Grundsätze der Bürgschaft kommen hierbei zur Sprache; im Uebrigen, namentlich in Beziehung auf die Ermächtigung zur Gewährung des Kredits, ist das Verhältniß der Parteien nach den Grundsätzen des Mandats zu beurtheilen, § 216 a. a. O.; Koch, R. der Ford. Bd. 3 S. 870. Zu diesen gehört, daß der Machtgeber berechtigt ist, den ertheilten Auftrag zu widerrufen und daß dadurch das Mandat sein Ende erreicht, §§ 159 ff. I 13, der Beauftragte somit nicht mehr befugt ist, auf Grund des Mandats weiter mit dem Dritten zu verhandeln. Wenn dieser Grundsatz auf den vorliegenden Fall an-

---

kann. Deshalb nimmt RG. 9 S. 185, 191, wo A. in Königsberg für einen zwischen einem Polen und einem Kurländer geschlossenen Lieferungsvertrag Bürgschaft übernommen und dem Anspruch daraus, das benef. excuss. entgegensetzte, mit Recht an, daß die Frage, ob die Berufung darauf zulässig, nach Preuß. R. (bez. HGB.) zu beurtheilen.

Die Bürgschaft ist Vertrag mit dem Gläubiger und unterliegt als solcher den allgem. Grundsätzen der Verträge. Die Fähigkeit zur Verbürgung setzt nach § 219 h. t. die Darlehnsfähigkeit voraus, woraus direkt folgt, daß Militärpersonen, die nicht unbeschränkt darlehnsfähig, auch ohne Konsens nicht bürgschaftsfähig, §§ 678 ff., 702, 703 I 11; ObTr. 15 S. 167; Präj. 1869. Vgl. Art. 69 unt. 1 HGB. Für die Perfektion gelten, wie das Erk. a. nachweist, die allgemeinen Grundsätze. Vgl. Nr. 75, Bd. 1 S. 288, 289. Die Bürgschaftserklärung muß deshalb in der im § 203 absolut geforderten schriftlichen Form (über das Fortfallen dieses Erfordernisses bei Handelsbürgschaft vgl. weiter unten) dem Gläubiger gegenüber erklärt und von diesem, wenn auch, da er keine Verbindlichkeit übernimmt, nicht schriftlich, doch ausdrücklich oder stillschweigend acceptirt sein. Ausdrückliche Erklärung fordert § 205 bei Uebernahme bedingter Bürgschaft oder unter Vorbehalt, welche im Falle des Erk. a. gewiß nicht vorlag, da der Bürge nur den Umfang seiner Verbindlichkeit von vornherein in der Erklärung beschränkt hatte, ebenso wie in dem Falle OHG. 11 S. 4, 5. Hier hatte A. an B. geschrieben, daß er es zur Erleichterung des Geschäfts des C. für alle Posten, welche C. für eigne Rechnung mit B. abschließen werde, die Bürgschaft bis zum Betrage von 500 übernehme und ohne Weitres dafür aufkommen werde, wenn C. seine Verbindlichkeit nicht erfülle. A. hatte den Brief dem C., C. ihn dem B. übersandt, B. den Geschäftsverkehr mit A. dann begonnen. Auch hier lag nur beschränkte, nicht bedingte Bürgsch. im Sinne § 100 I 4, und es konnte nicht zweifelhaft sein, daß die Acceptation durch die Annahme des Briefs in Verbindung mit dem Geschäftsverkehr erfolgt war. Bedingte Bürgschaft auch im Sinne des Erk. a., welches davon ausgeht, daß Bedingung und Vorbehalt sich auf die Hauptverbindlichkeit beziehen, aber auch ausdrückliche Annahme lag vor in ObTr. 43 S. 150, wo in einem Reverse vergleichsweise die Forderung des A. an B. festgestellt, A. sich zur Aushändigung gewisser Wechsel an B. verpflichtet, und C. in einem Vermerk unter dem Reverse erklärt hatte, daß er dem Vergleiche beitrete und die Bürgschaft für die Sicherheit der Forderung übernehme unter der Bedingung, daß A. die übernommene Verpflichtung binnen acht Tagen erfülle. Den Revers und diesen Vermerk hatten alle drei unterschrieben. In dieser Unterschrift seitens des A. ist mit Recht ausdrückliche und schriftliche Acceptation gefunden. Erörtert, aber unentschieden gelassen ist dabei die Frage, ob für die in

gewendet wird, so war, wenn der Verklagte dem Kläger wirklich im Oktober 1862 die Bürgschaft unter Rückforderung des Scheines gekündigt, mithin ihm erklärt hat, daß er nicht ferner ermächtigt sein solle, dem O. auf Gefahr des Verklagten Kredit zu geben, der Kläger nicht mehr befugt, für fernere Forderungen an den O. die Garantie des Verklagten in Anspruch zu nehmen, eben weil die Ermächtigung hierzu zurückgenommen war. Für diejenigen Forderungen, welche vor dem Zeitpunkte des Widerrufes entstanden sind, bleibt der Erklärende als Bürge verhaftet, auf diese hat die Kündigung, der Widerruf, keinen Einfluß. In Ansehung ihrer gilt die Vorschrift des § 362 a. a. O., und auch das, was in den §§ 356 ff. gesagt ist, kann geeigneten Falls auf sie angewendet werden. Denn nach der Wortfassung aller dieser Paragraphen handelt es sich dabei um eine bestehende Forderung, hinsichtlich deren eine Bürgschaft übernommen ist, in Ansehung deren also ein wohlerworbenes Recht gegen den Bürgen vorliegt, welches er gegen seinen Willen nicht aufzugeben braucht. Eine davon verschiedene Frage aber ist die, ob derjenige, welcher für künftig entstehende Forderungen seine Garantie zugesagt hat, diese Zusage zurücknehmen, dem bezeichneten Gläubiger die Ermächtigung auf die Gefahr des Erklärenden zu kreditiren, kündigen könne. Wenn hier nicht eine bestimmte künftige Forderung, etwa eine bedingte oder auch eine vielleicht sicher eintretende gemeint ist, oder für eine bestimmte Zeit oder auf andere Weise das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist, so muß es, soweit nach dem Obenbemerkten ein mandatum qualificatum angenommen werden kann, als statthaft angesehen werden. Wenn daher auch es gewiß als richtig anzuerkennen ist, daß in den in den §§ 356—362 a. a. O. erwähnten Fällen, dem Bürgen ein Recht, seine bestehende Bürgschaft zu kündigen, nicht zusteht, so läßt sich doch mit gleicher Sicherheit behaupten, daß aus diesen Vorschriften die

---

§ 205 geforderte Erklärung des Gläubigers die Acceptationsfrist in §§ 90 ff., 103 I 5 maßgebend oder ob der Gläubiger noch nach Erfüllung der Bedingung die Annahme erklären kann. Für letztres spricht die Wortfassung des § 205.

Eine andre Frage ist, ob aus §§ 202, 203 folgt, daß die Bürgschaftserklärung den Rechtsgrund der Hauptschuld ergeben muß und ob, wenn der angegebene Rechtsgrund der Hauptschuld falsch, die Bürgschaft fortfällt. Letztres ist in ObTr. 43 S. 402 (StrA. 36 S. 348) angenommen und auch in OHG. 6 S. 277 zugegeben, wenn nicht ein unwesentlicher Irrthum vorliegt, da bei wesentlichem Irrthum die Bürgschaft als für eine nicht existente Verbindlichkeit übernommen und deshalb hinfällig anzusehn. In jenem Falle hatte A. schriftlich bekannt, daß er von B. ein Darlehn erhalten, C. selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen, aus der belangt er einwendete, daß A. kein Darlehn erhalten, A. u. B. vielmehr Wechselreiterei betrieben, der Schuldschein nur zur Sicherheit für angeblich aus diesen Geschäften dem B. erwachsene, in der That nicht vorhandene Forderungen ausgestellt sei. Dies hat das ObTr. für wesentlich gehalten, da C. sich nur für Darlehnsforderung verbürgt habe. Aehnlich OHG. 4 S. 306 (gem. R.) aus dem Gesichtspunkte des dolus in einem Falle, wo A. das Giro des B. auf einem Wechsel gefälscht, den Wechsel diskontirt, und als er von B. mit Anzeige bedroht, den C. bewogen hatte, die Bürgschaft für die Forderung des B. zu übernehmen, ohne die wahre Sachlage mitzutheilen. Hier ist angenommen, daß B. für den dolus des A., der als sein Vermittler gehandelt, mitverantwortlich. Was die erste Frage betrifft, so kommt dabei das in Betracht, was unt. Nr. 86, Bd. 1 S. 339 und im Erk. b. Nr. 47, Bd. 1 S. 175 über die Bedeutung der Schriftform nach ALR. gesagt. Daraus ist nicht herzuleiten, daß die causa der Hauptschuld aus der Bürgschaftserklärung nothwendig erhellen muß. Die Identität der Hauptschuld, für welche der Eintritt des Bürgen gefordert, mit der, für welche die Bürgschaft schriftlich übernommen, wird vielmehr, wenn Gläubiger, Schuldner und Bürgschaftswille erhellt und letztrer so erklärt, daß seine allgemeine oder konkrete Richtung zu erkennen, auch durch Thatsachen außerhalb der schriftlichen Erklärung nach den §§ 252 ff. I 5 zu ermitteln sein. So OHG. 6 S. 277, wo der Bürge erklärt hatte, „daß er für den A. bei der Spar- und Vorschußkasse eintrete“. Das OHG. nimmt dabei auf die §§ 259 ff. h. t. und besonders § 266 h. t. Bezug, welcher die Möglichkeit der Verbürgung für alles unterstellt, was Jemand überhaupt schuldet. Dem tritt Dernburg 2 § 242_{19} bei, während ein Erk. ObTr. in Gruchot 7 S. 232 das Gegentheil annimmt, ebenso F. (E.) a. a. O. Anm. 15. Konkret wird dabei zu befinden sein, ob die Bezeichnung des Objekts so,

Frage, ob im Falle des mandati qualificati der Mandant seine Ermächtigung zum Kreditgeben widerrufen dürfe, nicht zu beantworten ist.

Gründe: c. Der Entscheidungsgrund des App.-Richters enthält nicht blos eine faktische Feststellung, sondern auch eine Rechtsansicht. Den faktischen Theil des Entscheidungsgrundes bildet die Thatsache, daß der Kläger sich von S. einen Schuldschein hat ausstellen lassen und diesen dadurch als seinen Schuldner angenommen hat; die aus diesen Thatsachen gezogene Rechtsfolgerung aber besteht darin, daß durch die Ausstellung und Annahme des S.'schen Schuldscheins das zwischen dem Kläger und dem Verklagten begründet gewesene Auftrags-Verhältniß mit seinen Wirkungen aufgehoben sei. Und diese Rechtsfolgerung ist unrichtig, und beruht auf Verkennung der rechtlichen Folgen des in den §§ 215—217 I 14 ALR. bezeichneten Rechtsgeschäfts. Das in § 215 beschriebene Rechtsgeschäft entspricht dem Begriffe des gemeinrechtlich sog. mandatum qualificatum d. i. eines zum Besten eines Dritten (nicht des Machtgebers) ertheilten Auftrages. Ein solches Mandat war im röm. R. eine Gattung der Intercession, und trat als Consensual-Kontrakt, welcher auch unter Abwesenden geschlossen werden konnte, ergänzend ein, wo der nur unter Anwesenden zulässige Verbal-Kontrakt der fidejussio nicht Platz greifen konnte. Als Intercession aber begründete ein solches Mandat, wenn es ausgeführt war, für den Beauftragten, welcher es ausgeführt hatte, ein Rechtsverhältniß sowohl zu dem Dritten, zu dessen Gunsten die Ausführun gerfolgt war, als auch zu dem Auftraggeber (mandator), und der Letztere wurde von seiner Verbindlichkeit nicht dadurch befreit, daß auch dem Dritten durch die zu seinem Gunsten erfolgte Ausführung des Auftrages eine Verbindlichkeit gegen den Beauftragten erwachsen war. Schon in l. 13 D. 46, 1 ist anerkannt, daß dem zur Kreditirung eines Darlehns an einen Dritten

---

daß ein Gegenstand der Erklärung überhaupt erkennbar, oder ob dies nicht der Fall. Die causa der Hauptschuld ist dazu gewiß nicht erforderlich z. B. wenn nur eine existirt; wo mehrere vorhanden, kann der schriftl. Erklärung der Inhalt fehlen, wenn sie verschiedene causa haben und die Parteien auch mündlich über das Objekt nicht einig geworden sind.

Besondre Bestimmungen enthielt das ALR. über Frauenbürgschaft. Die Besonderheiten derselben, §§ 220—244, 256, 308 h. t.; §§ 273, 341, 343, 344, 891, 892 II 1 Anh. §§ 48, 75, mit denen sich das ObTr. in einer reichen Praxis (besonders ObTr. 11 S. 33; 20 S. 246; 40 S. 128, 131; 48 S. 10, 101; 26 S. 273; 46 S. 107; 61 S. 129; 17 S. 239; S. u. v. Str. 2 S. 266; StrA. 13 S. 74; 23 S. 49; 37 S. 59; 11 S. 115, 322) beschäftigt, sind durch das Ges. v. 1. Dezbr. 1869 und damit zahllose Kontroversen beseitigt. Die Praxis in dieser Beziehung hat kaum noch Interesse. Erwähnt mag hier nur werden, daß nach ObTr. 70 S. 116 (StrA. 89 S. 90); StrA. 88 S. 269 die beschränkenden Vorschriften bezüglich der Frauenbürgschaft nicht die Form des Geschäfts, sondern die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit betrafen, woraus die Unanwendbarkeit des § 17 Einl., vgl. OHG. 22 S. 67 (für sächs. R. ebenso), und die Zulässigkeit der Einrede aus ungültiger Frauenbürgschaft auch gegen die durch Unterschrift eines Wechsels übernommene Bürgschaft mindestens dem Wechselgläubiger gegenüber folgte, gegen den sie übernommen, OHG. 6 S. 203; 11 S. 217; 14 S. 145; RG. 11 S. 1.

Die Bürgschaft für Wechselforderung hat nach dem Fortfall der besondren Wechselexekution nichts Besondres mehr. Ein Institut des Wechselrechts ist die Bürgschaft im Wechsel, durch Wechselzeichnung, Art. 81 WO., welche übrigens nicht blos durch Mitzeichnung per aval, sondern durch Giro effektuirt werden kann. Als solche ist sie aber lediglich Wechselverpflichtung, deren Entstehung, Aenderung, Aufhebung lediglich nach Wechselrecht sich bestimmt. Sie fällt fort, wenn der Wechsel ungültig, und erlischt mit dem Erlöschen des Wechselrechts durch Präjudiziren oder Verjährung, da sie für den Wechsel nur als Motiv, als causa, nicht als selbständige Obligation neben dem Wechsel in Betracht kommt, OHG. 2 S. 360, 365; 4 S. 217; 6 S. 204; 25 S. 26; RG. 4 S. 10; 8 S. 46. Wer behauptet, daß außer der Verpflichtung im Wechsel noch eine besondre civilrechtliche Bürgschaft übernommen, hat dies und daß sie in gültiger Form übernommen zu beweisen. Aus Art. 82 WO. folgt, daß dem ersten Gläubiger gegenüber auch der Bürge im Wechsel die Abrede, daß er nur für den Ausfall bei dem mitausstellenden Hauptschuldner oder erst nach Versilberung der gleichzeitig bestellten Hypothek zu haften, entgegensetzen kann, OHG. 8 S. 136. Das

Beauftragten nach Hingabe des Darlehns sowohl gegen den Dritten (den Darlehns-Empfänger), als gegen den Auftraggeber (mandator) ein Klagerecht zustehe; in der l. 7. C. 4, 35 ist wiederholt, daß dem Beauftragten sowohl gegen den Darlehns-Empfänger die condictio (certi ex mutuo), als gegen den Auftraggeber die actio mandati (contraria) gebühre und in Justinian's Nov. 4 (v. 16. März 535) ist nur angeordnet, daß der mandator, wie der fidejussor in der Regel erst dann solle in Anspruch genommen werden dürfen, wenn der Beauftragte von dem Darlehns-Empfänger nicht Befriedigung habe erlangen können. Daß nun das ALR. von diesen gemeinrechtlichen Grundsätzen, insofern sie dem, zum Kreditgeben an einen Dritten Beauftragten nach Ausführung des Auftrages sowohl gegen den Auftraggeber, als gegen den Dritten ein Klagerecht einräumen, habe abweichen wollen, läßt sich nicht annehmen. Einer solchen Annahme widerspricht zunächst die Stellung des § 215 im 14. Titel des ersten Theils, welcher von der Erhaltung und Sicherstellung der Rechte des einen durch die Mitwirkung Anderer handelt, insbesondere im dritten Abschn. jenes Titels, welcher unter der Ueberschrift „Von Kautionen und Bürgschaften" überhaupt verschiedene Arten der Intercessionen, also solcher Rechtsgeschäfte umfaßt, welche dem Berechtigten in der Regel zwei Verpflichtete gegenüber stellen. Hierzu kommt, daß der § 215 den Auftraggeber als Hauptschuldner bezeichnet, eine Bezeichnung, nach welcher (neben dem Hauptschuldner) nothwendig noch ein anderer Schuldner gedacht werden muß, welches eben kein Anderer als der Geld-Empfänger sein kann. Daß der Beauftragte aus der Hingabe des Darlehns nicht blos gegen den Auftraggeber, auf dessen Veranlassung er solches gegeben hat, sondern auch gegen den Dritten, welchem er es gegeben, Rechte erwirbt, unterscheidet daher gerade das mandatum qualificatum von dem gewöhnlichen Auftrage (mandatum simplex), bei welchem das durch eine Leistung des Beauftragten an

---

Verhältniß zwischen den mehreren Unterzeichnern, von denen einer Hauptschuldner, der andre Bürge hat sein sollen, oder welche zusammen als Bürgen haben haften wollen, richtet sich dagegen nach Landesrecht, für das Preuß. R. insbesondre nach den §§ 374, 379 h. t., §§ 424 ff. I 5, auch dann, wenn für die gemeinschaftliche, subsidiäre Haftung die Form des Indossaments gewählt. (A. Hauptschuldner acceptirt, B. girirt als Aussteller und Remittent an C. und dieser an den Gläubiger, B. u. C. sollen nur Bürgen sein.) OHG. 2 S. 349; 3 S. 184.

Ueber die s. g. Handelsbürgschaft bestimmt Art. 281 HGB. nichts, als daß das benif. ord. et excuss. ausgeschlossen, wenn die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgegangen oder wenn sie selbst Handelsgeschäft, wobei aber unbedenklich, daß die Vorausklage vertragsmäßig bedungen sein oder aus der Natur der Bürgschaft folgen kann, z. B. wenn sie nur für den Schaden übernommen, den der Gläubiger erleiden wird, §§ 283, 284, 298, 300 h. t.; OHG. 13 S. 172 (sächs. R.) u. OHG. 14 S. 212 über die Bedeutung der Bürgschaft für Verlust. Ueber den Begriff der Bürgschaft und ihre anderweiten Wirkungen, ihre Entstehung und Beendigung, die übrigen Einreden des Bürgen sagt das HGB. ebenso wenig etwas, wie darüber, wann eine Bürgschaft Handelsgeschäft ist, OHG. 16 S. 412; RG. 8 S. 261. Zweifellos ist nach dem Gegensatz im Art. 281, daß sie nicht Handelsgeschäft allein umdeswillen, weil der Hauptschuldner Kaufmann und seine Schuld eine Handelsschuld, OHG. 5 S. 367. Zweifelhaft konnte sein, ob in dem zweiten Satze eine besondre handelsrechtliche Eigenschaft der Bürgschaft auf Seiten des Bürgen gemeint, oder nur an die bekannten Formen desselben, das del credere Stehn, das kaufmännische Kreditmandat und ähnliche Erscheinungen gedacht, OHG. 14 S. 212 (del credere) des Reisenden als Handelsbürgschaft. Dies ist in ObTr. 57 S. 360, 367 (StrA. 67 S. 38) aus der Entstehungsgeschichte eingehend widerlegt und kaum noch bestritten. Eine andre Frage ist, ob die Frage, ob eine Bürgschaft ein Handelsgeschäft und demgemäß von der schriftlichen Form nach Art. 317 HGB. befreit, nach den allgemeinen Grundsätzen in Art. 271 bis 277 zu entscheiden, präsumtiv (in Zweifel, bis zum Beweise des Gegentheils) die Bürgschaft nach Art. 274, 277 HGB. auch dann Handelsgeschäft, wenn sie von einem Nichtkaufmann einem Kaufmann gegenüber übernommen. In StrA. 54 S. 33, 39 war dies verneint und ebenso noch in ObTr. 57 S. 360 (StrA. 67 S. 38) offenbar davon ausgegangen, daß die Eigenschaft des Bürgen als Kaufmann vorauszusetzen. Davon weicht das Erk. d. ab, indem es allgemein Art. 274, 277 für anwendbar erklärt, und damit stimmen

einen Dritten begründete Forderungsrecht gemäß § 62 I 13 nur dem Machtgeber erworben wird, während durch Ausführung eines mandati qualificati nach § 217 I 14 gegen Den, welchem der Kredit gegeben worden, zwar auch dem Auftragenden alle Rechte des Machtgebers aus der Handlung seines Bevollmächtigten erworben werden, daneben aber auch dem beauftragten Kreditgeber seine Rechte gegen den Kreditnehmer so lange gewahrt bleiben, bis dieser seiner Verpflichtung gegen ihn oder den Auftraggeber genügt hat. Stand aber hiernach dem Kläger aus der Hingabe des Darlehns an S. schon vermöge des Gesetzes ein Anspruch auf dessen Zurückzahlung nicht blos gegen seinen Machtgeber, den Verklagten, sondern auch gegen den Darlehns-Empfänger zu, so konnte er auch seines Anspruchs an den Verklagten nicht dadurch verlustig werden, daß er sich zum Zeichen und Erweise der Auftragserfüllung von dem Kreditnehmer S. einen Schuldschein ausstellen ließ; vielmehr blieben die Rechte, welche der Kläger durch Ausführung des ihm vom Verklagten ertheilten Auftrages gegen diesen erworben hatte, dadurch unberührt, daß auch S. seine bereits gesetzlich feststehende Verpflichtung in dem Schuldscheine noch schriftlich beurkundete. Der App.-Richter durfte daher nicht annehmen, daß der Kläger durch Annahme dieses Schuldscheins jener Rechte gegen den Verklagten verlustig geworden sei; und seine lediglich auf dieses Argument gegründete Entscheidung mußte vernichtet werden.

In der Hauptsache ist in der Erklärung des Verklagten ohne Zweifel der Auftrag enthalten, dem S. für Rechnung des Verklagten 250 Thlr. zu leihen. In Folge dessen haftet der Verklagte dem Kläger gemäß § 215, allerdings abweichend von der in der Nov. 4 cit. ausgesprochenen Regel für die Rückzahlung des Darlehns als Hauptschuldner, d. h. der Kläger kann sich, ohne erst auf den Darlehnsnehmer zurückgehen zu müssen, unmittelbar an den Verklagten halten. Daß jener

---

OHG. 2 S. 45 (gem. R.); 9 S. 172; 20 S. 400; 15 S. 388 überein und stehn OHG. 13 S. 108; 17 S. 171 nicht entgegen. In OHG. 15 S. 388 u. 20 S. 400 ist nur aus thatsächlichen Gründen die Zugehörigkeit der Bürgschaft zu dem Gewerbe des bürgenden Kaufmann verneint. In letztrem verneint das OHG. zugleich die Eigenschaft des Bürgschaftsscheines als eines Schuldscheins im Sinne Art. 274 Abs. 2 HGB. Auch RG. 1 S. 24 (Hilfs-S.) nimmt in Uebereinstimmung mit den obigen Entsch. an, daß auch bei der Bürgschaft, die ein Nichtkaufmann einem Kaufmanngläubiger gegenüber übernimmt, die Präsumtion des Art. 274 und die Bestimmung im Art. 277 HGB. entscheidet.

Eine bürgschaftsähnliche Verpflichtung erwächst nach §§ 209 ff. h. t. unter Umständen aus der Empfehlung; vgl. darüber und die §§ 217—223 I 13 unt. Nr. 236, Bd. 2 S. 553, 559. Verschieden von dieser Kreditempfehlung ist der in §§ 213—218 h. t. behandelte Kreditauftrag in seinen beiden Formen des Auftrags zum Kreditiren auf Gefahr und auf Rechnung des Auftraggebers. Bei erstrem haftet der Mandant nach § 213 als Bürge, subsidiär, bei letztrem nach § 215 als Hauptschuldner, was nach dem Gegensatz nichts andres heißen kann, als: an erster Stelle und aus eigner Verpflichtung. Ob das eine oder andre gewollt, wird auch hier, wie bei der Bürgschaft und der selbstsch. Bürgsch., nicht sowohl nach den Worten des Gesetzes (Rechnung, Gefahr), sondern nach dem erkennbar ausgedrückten Willen der Parteien zu entscheiden sein, ObTr. 48 S. 87, 89. Davon geht auch ObTr. 21 S. 92 aus, welches den s. g. Kreditbrief im Sinne der aufgehobenen §§ 710—712 II 8 ALR. behandelt, und das „Akkreditiren des A. bei B. auf Höhe bestimmter Summe mit dem Ersuchen um Honorirung unter eigner Haftung" als Auftrag zum Kreditiren auf Rechnung, § 712 II 8, § 215 h. t., auffaßt. Vgl. OHG. 22 S. 137, 147. Ebenso OHG. 16 S. 412, wo A. dem B. geschrieben, daß er dem C. Kredit bis 200—300 Thlr. geben könne, A. werde dafür sorgen, daß B. bezahlt werde. Darin ist ein Fall des § 213 h. t. gefunden.

Der offne Unterschied beider Fälle liegt auch nach ALR. darin, daß im Falle des § 213 durch Realisirung des Mandats der Dritte Schuldner des Mandatars, der Mandant Bürge wird, wie beim mand. qualif. des gem. R., l. 6 § 4; l. 10 § 8; l. 21, 56 pr. D. 17, 1, während im Falle des § 215 durch Realisirung des Mandats wie bei der Anweisung zur Zahlung ein direktes Schuldverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Beauftragten begründet wird, Art. 300 HGB.; OHG. 3 S. 13. Nur der Fall des § 213 ist danach ein Fall der Intercession. Darauf beruht die Formvorschrift des § 213, von der § 214 inkonsequent abweicht. Inhaltlich ist die Verpflichtung des Mandanten Bürgschaft und ganz als

Auftrag nur mündlich ertheilt worden, ist unerheblich. Zwar bedarf auch der Vollmachts-Vertrag, wenn er sich auf einen Gegenstand von mehr als 50 Thlrn. bezieht, nach §§ 7, 11 I 13 ALR. zu seiner Klagbarkeit der schriftlichen Abfassung. Durch die hier erforderte Schriftlichkeit des Vollmachts-Vertrages sind jedoch die allgemeinen Vorschriften des fünften Titels über die rechtlichen Folgen der Erfüllung solcher Verträge, welche zu ihrer Klagbarkeit der schriftlichen Abfassung bedurft hätten, nicht ausgeschlossen. Diese Vorschriften stehen aber dem Kläger zur Seite, man mag nun den ihm vom Verklagten ertheilten Auftrag zur Zahlung von 250 Thlrn. an S. als Vertrag über Sachen oder über eine Handlung ansehen. Im ersteren Falle wird sein Anspruch durch § 156 I 5 gerechtfertigt, wonach derjenige Kontrahent, welcher die Erfüllung des nur mündlich geschlossenen Vertrages bereits ganz oder zum Theil angenommen hat, verpflichtet ist, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen, oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten; auch der Verklagte muß daher, nachdem der Kläger den Vertrag durch Zahlung der 250 Thlr. an S. erfüllt hat, entweder auch seinerseits den Vertrag erfüllen, also nach § 65 I 13 dem Kläger seine Auslage erstatten, oder was hier in Eins zusammenfällt, die für Rechnung des Verklagten an S. und hierdurch mittelbar an den Verklagten gezahlte Summe zurückgeben. Sieht man aber den vorliegenden Vertrag als einen Vertrag über Handlungen an, so steht dem Kläger der § 165 I 5 zur Seite, wonach, wenn der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt hat und diese geleistet sind, die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen muß, also auch der Verklagte, nachdem der Kläger durch Zahlung der 250 Thlr. seinen Auftrag ausgerichtet hat, seinerseits zu leisten hat, was er ausdrücklich versprochen, oder was nach der Natur des Geschäfts gemäß § 215 I 14 als versprochen anzusehen ist. Hiermit übereinstimmend hat denn auch das ObTr.

---

solche zu behandeln. Daß das Mandat zur Eingehung der Hauptverbindlichkeit Anlaß gegeben, die Hauptverbindlichkeit der Bürgschaft nachfolgt, ist an sich nichts besondres, da beides auch bei der gewöhnlichen Bürgschaft (für künftige Schuld) vorliegen kann und erstres vorliegt, wo der Gläubiger ohne das Eintreten des Dritten nicht kreditiren würde. Nach dem Erk. b. soll die Mandatsnatur insoweit wirken, als der Mandant befugt, den Auftrag vor der Ausführung zu widerrufen, §§ 159 ff. I 13, und sich dadurch von der Haftung für später kontrahirte Verbindlichkeit zu befreien. Dem ist sowohl vom Gesichtspunkte des Mandats wie der Bürgschaft beizutreten, da auch letztre so eingegangen werden kann, daß der Bürge den Umfang der Schuld, für die er haften will, nachträglich bestimmen kann und der Gläubiger auch bei der einfachen Bürgsch. für künftige Schuld den Anspr. verlieren kann, wenn die Entstehung der Schuld auf seinem Verschulden beruht und die Geltendmachung der Bürgschaftsverpflichtung gegen die bona fides verstoßen würde. Das wird auch bei der Anwendung des Rechtssatzes, den das Erk. b. aufstellt, im Auge zu behalten sein. Unbedenklich ist, daß wenn das mand. qual. auf eine bestimmte Summe beschränkt, dem bürgenden Mandanten gegenüber der Mehrbetrag nicht als verpflichtend kontrahirt gilt, OHG. 21 S. 210.

In der Praxis des ObTr. wird nicht blos der Fall des § 213 als mand. qual. bezeichnet, sondern auch der des § 215. So in ObTr. 21 S. 92; 48 S. 87 und im Erk. c., obwohl beide Fälle wesentlich verschieden sind. Der Fall des § 215 liegt, wie bereits hervorgehoben, ganz anders, da der Mandant hier Hauptverpflichteter, d. h. Verpflichteter aus eigner Verbindlichkeit wird, nämlich aus dem Auftrage und dessen Ausführung, der Mandant nach § 217 gegen den Dritten die Rechte erwirbt, die einem Machtgeber aus den Handlungen seines Bevollmächtigten, d. h. des im § 216 bezeichneten Beauftragten, erworben werden. Nach der Auffassung des ALR. liegt ein Fall der Intercession danach nicht vor. Daraufhin ist in ObTr. 48 S. 87 (StrA. 44 S. 345) auch angenommen, daß das mand. qual., welches eine Ehefrau ertheilt, nicht gemäß den inzwischen aufgehobenen §§ 231—233 II 1 als Intercession einer Ehefrau der gerichtl. Form und Certioration bedarf. Das ObTr. deduzirt hier, daß nach §§ 215—217 h. t. in diesem Falle das m. qu. die Rechtsverhältnisse ganz so wie bei dem gewöhnlichen Mandate bestimmt und die Behandlung unter dem Titel von Bürgschaften nicht bedeute, daß das m. qu. als Bürgschaft zu behandeln, sondern grade durch den Gegensatz zum § 213 die verschiedene Beschaffenheit und Wirkung habe ins Licht gesetzt werden sollen, daß grade umgekehrt wie bei der Bürgschaft, aus dem Mandate Rechte und Pflichten unabhängig von der Existenz der Obligation eines Dritten, wenn sie auch die selbstsch. Bürgsch.

seit dem Jahre 1842 nach den verschiedensten Richtungen hin stets angenommen, daß, wenn der mündlich ertheilte Auftrag ausgeführt worden, der Mangel der Schriftlichkeit weder den Beauftragten von der Pflicht zur Rechnungslegung und zur Herausgabe des für den Machtgeber Erworbenen, noch den Machtgeber von der Pflicht zur Entschädigung des Beauftragten und insbesondere zur Erstattung seiner Auslagen befreie.*)

Gegen seine hiernach begründete Zahlungspflicht hat der Verklagte zwar noch eingewendet, daß durch die später angeblich unter Kassirung des ersten Schuldscheins und mit Bestimmung einer neuen Zahlungsfrist erfolgte Ausstellung eines neuen Schuldscheins von Seiten des S. eine Novation eingetreten, oder wenigstens der Kläger seines Regresses gegen den Verklagten verlustig geworden sei. Eine Novation der Schuldverbindlichkeit des S. gegen den Kläger, selbst wenn solche (wider die Vorschrift des § 453 I 16 ALR.) in der bloßen Ausstellung eines neuen Schuldscheins mit einer anderen Zahlungsfrist zu finden wäre, würde jedoch die durch Ertheilung und Ausführung des Zahlungsauftrages begründete Schuldverpflichtung des Verklagten gegen den Kläger nicht berührt haben. Ebenso würde eine, dem Schuldner S. vom Kläger etwa ertheilte Zahlungsnachsicht für das Rechtsverhältniß des Klägers zum Verklagten unter Umständen nur dann von Einfluß sein können, wenn Letzterer bloßer Bürge wäre; als Hauptschuldner des Klägers, was der Verklagte nach § 215 I 14 ist, kann er aus einer dem Nebenschuldner S. ertheilten Nachsicht unter keinen Umständen einen Einwand für sich herleiten.

---

*) Vgl. Erk. a. Nr. 237, Bd. 2 S. 561, 565.

---

voraussetze, von selbst und unmittelbar, die Obligation des Dritten erst aus der Befolgung des Mandats entstehn. In Konsequenz dessen ist denn auch § 72 I 13 zur Anwendung gebracht und sind dem Mandater, der das Mandat zur Ausführung gebracht, Zinsen für die dem Dritten geleistete Kapitalszahlung zugesprochen. Die weitre Folgerung aus der reinen Mandatsnatur, die Anwendung der Vorschriften über die Form, wie sie unter Nr. 237, Bd. 2 S. 561, 564 entwickelt (vgl. StrA. 35 S. 277 unt. Nr. 214, Bd. 2 S. 315), zieht dann das Erk. c. Danach genügt der mündl. Auftrag, wenn er ausgeführt, um den Mandanten aus der Ausführung zu verpflichten. Gegen den Dritten, den Kreditempfänger, erwirbt der Mandant die Rechte aus der Ausführung ebenso und unter denselben Bedingungen, wie beim einfachen Mandat der Mandant aus der Handlung seines Bevollmächtigten, d. h. direkt, wenn der Beauftragte in seinem Namen gehandelt, indirekt gemäß §§ 62, 85, 153, 154 I 13 durch den Anspruch gegen den Bevollmächtigten auf Cession der erworbenen Rechte. Vgl. übrigens §§ 671 ff. I 11. Die Bemerkung in F. (E.) a. a. O. Anm. 148, daß nach § 217 ein Mandatsverhältniß zwischen dem Auftragenden und Empfänger eintrete, so daß erstrer gegen letztren die act. m. contr. habe, ist nicht richtig; aus § 217 folgt dies nicht. Darum ist aber auch der Satz des Erk. c., den das Erk. ObTr. 48 S. 87 wiederholt, richtig, daß das Mandatsverhältniß dadurch nicht berührt wird, daß der Kreditgeber sich von dem Empfänger einen Schuldschein geben läßt. Das beweist nur, daß der Beauftragte bei Ausführung des Mandats im eignen Namen, wenn auch für Rechnung des Auftraggebers gehandelt hat, wodurch das Mandatsverhältniß allein nicht beseitigt wird. Unrichtig ist nur, wenn das Erk. c. das mand. qu. in diesem Sinne unterschiedslos als Intercession bezeichnet. Solche kann vorliegen, muß aber nicht vorliegen, vielmehr kann im Verhältniß zum Dritten selbst Schenkung oder Erfüllung andrer Verbindlichkeit in dem Hergange enthalten sein. Ist nur Intercession unter der Form des Mandats gewollt, so ist das Mandat als solche auch zu behandeln.

In den §§ 201, 380—384 wird die Rückbürgschaft, in den §§ 256, 376 die Afterbürgschaft (Nach=) erwähnt; § 256, welcher bestimmte, daß der Nachbürge bei ungültiger Frauenbürgschaft als erster Bürge hafte, ist durch das Ges. v. 1. Dezbr. 1869 fortgefallen. Beide Arten der Bürgschaft haben nichts besondres. Bei der Rückbürgschaft ist der erste Bürge Gläubiger, die Hauptschuld sein Anspruch an den Hauptschuldner aus der Bürgschaft, Inhalt der Verpflichtung des Rückbürgen der Eintritt für den Hauptschuldner in Bezug auf diesen Anspruch. Der Rückbürge haftet dem Bürgen wie der Bürge dem Gläubiger. Vgl. StrA. 84 S. 160 unt. Nr. 247 u. StrA. 54 S. 336 daselbst. Bei der Afterbürgschaft ist der Gläu=

Gründe: d. Streitig ist, ob der Verklagte aus der mündlichen Bürgschaft für die pünktliche Einlösung des Wechsels haftet. Der App.-Richter bejaht diese Frage. In thatsächlicher Hinsicht geht er davon aus, daß der Kläger Kaufmann sei, und dessen Cigarrenlieferung an den G. im Betrage von 400—500 Thlrn. ein Handelsgeschäft darstelle, worin sich durch die Seitens des genannten Käufers geschehene Hingabe des Wechsels nichts ändere, weshalb der Verklagte nach dem Art. 317 HGB. jene Bürgschaft rechtsverbindlich übernommen habe. Die mit Beweismitteln unterstützte Behauptung des Klägers, auch der Verklagte sei Kaufmann, läßt er unerwähnt.

In der Nichtigkeits-Beschwerde wird ausgeführt: Die Bürgschaftsübernahme sei nach dem Art. 271 HGB. für ein Handelsgeschäft nicht zu erachten, werde auch dadurch nicht zu einem solchen, daß sie für die aus einem Handelsgeschäfte entstandene Schuld erfolge. Der App.-Richter beziehe sich auf die Präsumtion des Art. 274 mit Recht deshalb nicht, weil des Verklagten Eigenschaft als Kaufmann bestritten sei. Hiernach habe es der Feststellung bedurft, daß die Bürgschaftsübernahme ein Handelsgeschäft gewesen, und da es an einer solchen Feststellung fehle, so habe der Richter, statt des Art. 317 HGB., die §§ 202, 203 I 14 ALR. anwenden müssen. Gerügt wird die Verletzung dieser Gesetzesstellen, ferner der Art. 271, 272 HGB. und des § 28 I 13 AGO.

Diese Angriffe sind nicht begründet. Wenn der Richter den Art. 317 des HGB., nach welchem bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch keine Förmlichkeiten bedingt ist, in Konsequenz seiner thatsächlichen Feststellung für zutreffend erachtet, so charakterisirt er eben hierdurch die vom Verklagten übernommene Bürgschaft unzweideutig als ein Handelsgeschäft. Dabei stehen ihm die Art. 273, 274, 277 HGB. zur Seite, Inhalts deren jedes einzelne Geschäft eines Kaufmannes, welches zum Handelsbetriebe gehört, wofür bis zum Gegenbeweise (ObTr. 57 S. 363) die Vermuthung spricht, als ein Handelsgeschäft anzusehen ist, gleichviel ob das Rechtsgeschäft auch vom Standpunkte des anderen Theiles ein Handelsgeschäft bildet, oder nicht. Die vorstehenden Regeln greifen allgemein Platz. Implorant will davon zu seinen Gunsten eine Ausnahme gemacht wissen, weil er seine Eigenschaft als Kaufmann bestritten und der Richter nicht festgestellt habe, daß die angebliche Bürgschaft auch auf seiner Seite ein Handelsgeschäft sei. In der That ist in einem früheren Erk. des Ob.Tr. v. 10. März 1864 (Str.A. 54 S. 39; vergl. ObTr. 57 S. 366) die Regel des Art. 277 für unanwendbar erklärt worden bei solchen Rechts-

---

biger der Hauptschuld der Bürgschaftsgläubiger, die Schuld der Anspruch des Gläubigers an den ersten Bürgen, der Inhalt der Bürgschaft der Eintritt für diese Schuld des ersten Bürgen.

Ueber die selbstsch. Bürgsch. vgl. Nr. 249.

Kaution ist sowohl das Mittel der Sicherung für künftige Erfüllung einer Verbindlichkeit irgend welcher Art oder gegen künftige Beeinträchtigung, § 178 h. t., wie das Rechtsgeschäft, durch welches die Sicherung gewährt und das Rechtsverhältniß daraus. Mittel der Sicherung sind Bürgen und Pfand (über hypoth. Kaution vgl. § 24 EigenthGes. v. 5. Mai 1872), Eid nach § 184 h. t. Der § 185 h. t. (vgl. §§ 31, 32 AGO. I 29) ist mit dem Personalarrest als Exekutionsmittel fortgefallen. Der Anspr. auf Sicherung kann auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen, § 179; von besondrer praktischer Bedeutung sind die prozessualen Sicherungsmittel, die jetzt durch die CPO. geregelt. Die in ObTr. 76 S. 103 behandelte Frage, ob der nach Art. 29 WO. zur Sicherheitsstellung berechtigte Wechselgläubiger aus der Eintragung der Wechselforderung zur Sicherheit eine Kautionshypothek oder nur den Anspruch aus einer Arrestprotestation gewinnt, welche im erstren Sinne entschieden, hat jetzt insofern keine Bedeutung mehr, als auch der Arrest Pfandrecht gewährt, die Entscheidung ist aber insofern noch von Bedeutung, als sie enthält, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung einen Anspruch auf Pfandrecht giebt und die bestellte Sicherheit als Pfand gilt. Das trifft namentlich auch für die Fälle zu, wo die CPO. wie das frühere Prozeßrecht die Abwendung der Zwangsvollstr. durch Sicherheitsstellung oder die Zwangsvollstr. gegen Sicherheitsstellung, oder Arrest gegen Sicherheit oder die Aufhebung des Arrestes gegen Sicherheit zuläßt. Vgl. StrA. 14 S. 173 (Pfandrecht des Gläubigers an dem zur Abwendung der vorl. Vollstr. hinterlegten); StrA. 15 S. 209; Präj. 1225. In StrA. 6 S. 317 hatte A. an B. auf

geschäften, welche Verpflichtungen hervorbringen, die zu der aus dem Handelsgeschäfte entspringenden Obligation nur im Verhältnisse einer accessorischen stehen, wie dies bei der Obligation aus der Verbürgung der Fall sei, es sei denn, daß, wie der Art. 281 das. sich ausdrücke, die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft bilde, worunter mit Rücksicht auf das Wesen der Bürgschaft nur gemeint sein könne, daß sie auf Seiten des Bürgen sich jedenfalls als Handelsgeschäft charakterisiren müsse, so daß der Art. 317 a. a. O. dem die Schriftform bei Bürgschaften erfordernden § 203 I 14 ALR. nicht derogire, wenn die Schuld aus einem Geschäfte hervorgehe, welches blos auf Seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft sei.

In der vorliegenden Sache hat derselbe Senat die beregte Frage einer erneuerten Prüfung unterworfen und die frühere Ansicht aus folgenden Gründen aufzugeben beschlossen.

Allerdings trägt der Bürgschaftsvertrag eine accessorische Natur an sich, er setzt eine zu sichernde gültige Hauptschuld voraus. Darum gehören Bürgschaften an sich nicht zu den objektiven oder absoluten Handelsgeschäften (den sog. Grundgeschäften) im Sinne des Art. 271 HGB. Nicht minder erscheint bei Beantwortung der Frage, ob eine Bürgschaft zu den der schriftlichen Form nicht bedürfenden Handelsgeschäften zu zählen, die Berücksichtigung des Art. 281 als unzulässig. Denn die Bestimmungen dieses Artikels bezwecken lediglich, bei allen Handelsgeschäften den Solidarverpflichteten und Bürgen die Einrede der Theilung, beziehungsweise der Vorausklage abzuschneiden, nicht aber darüber, wann eine Bürgschaft als Handelsgeschäft zu betrachten sei, Aufschluß zu geben. Darum muß zwar der Wegfall der genannten Einreden des Bürgen auf die im zweiten Alinea des obigen Artikels erwähnten Fälle beschränkt werden, im Uebrigen aber ist, wenn nicht jene Einreden in Frage stehen, auf die einschlagenden allgemeinen Vorschriften des HGB. zurückzugehen. Nach diesen kann die Bürgschaft im einzelnen Falle zu den relativen, subjektiven Handelsgeschäften, Art. 272, gehören. Verbürgt sich also ein Kaufmann, was zumeist mittelst der Kreditmandate von Seiten der Banquiers, oder mittelst des del credere-Stehens von Seiten der Commissionäre und Spediteure geschieht, aber auch in den gewöhnlichen Fällen der civilrechtlichen Bürgschaft geschehen kann, so liegt unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der Art. 273, 274, 277 unbedenklich ein Handelsgeschäft vor, ObTr. 57 S. 360; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 S. 492. Ein Gleiches muß gelten, wenn die Bürgschaft einem Kaufmanne von einem Nicht-Kaufmanne bestellt wird. Diese Be-

---

6 Jahre verpachtet, C. sich zur Stellung der Kaution für B. verpflichtet, die Kaution zum Theil bestellt. Nachdem die Pacht vor Ablauf der Zeit aufgehoben, verlangte A. von C. Bestellung des Rests der Kaution, wurde aber abgewiesen, vom ObTr. mit der Begründung, daß Kaution begrifflich nur für künftige Verbindlichkeit statthaft, nach Auflösung der Pacht deshalb dem A. nur der Anspruch gegen B. auf Vertretung für die vorhandene Forderung aus dem Pachtverhältniß auf Höhe der Kaution zustehe. Die Begründung ist bedenklich, weil Kaution begrifflich die künftige Erfüllung sichern soll, nicht blos Erfüllung künftiger Verbindlichkeit, der Sicherungsanspruch durch den Vertretungsanspruch nicht ersetzt wird, und nicht abzusehn ist, wie der Verpflichtete durch die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit von derselben befreit sein soll, wenn ihr Grund nicht weggefallen ist. Richtig ist dagegen StrA. 86 S. 196, wo A. an B. verkauft, B. sich verpflichtet, ihm in spätrer Zeit ein Ausgedinge zu gewähren oder 100 zu zahlen, die Eintragung dieser Verpflichtung vorbehalten war und B. verkauft hatte, bevor die Eintragung erfolgt war. Hier ist der Anspruch des A. gegen B. auf Zahlung der 100 oder Kautionsbestellung abgewiesen, weil das vertragsmäßige Recht auf Eintragung auf einem bestimmten Grundstück kein vertragsmäßiges Recht auf Kautionsleistung überhaupt begründete, die gegenstandlich etwas anders als jenes Recht, nicht blos ein minus.

Der Inhalt des Anspruchs und der Pflicht aus der Kaution ist ein verschiedener je nach dem Zweck der Sicherung und Art des sicher zu stellenden Anspruchs; dies ist nur konkret zu finden. In StrA. 79 S. 366 hatte A. an B. verkauft und die Löschung einer eingetragenen Wegeservitut übernommen, ein andres ihm gehöriges Grundstück zur Kaution für die Erfüllung dieser Verpflichtung bestellt, die sich als Verpflichtung zu einer Handlung darstellte und für die jetzt nach § 24 EigenthGes. die Kaution nur durch Eintragung einer Maximalgeld-

stellung geschieht durch einen Vertrag. § 200 I 14 ALR.: Der Kaufmann fordert, der Nicht-Kaufmann leistet die Bürgschaft, oder der Nicht-Kaufmann übernimmt die Bürgschaft und der Kaufmann acceptirt die bezügliche Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend und bringt durch solches Accept den Vertrag zum Abschlusse. Darum ist hier dem Art. 277 die Anwendbarkeit nicht zu versagen; vielmehr ist die Abschließung des Bürgschaftsvertrages vom Standpunkte des Gläubigers (Art. 273, 274) und folglich (Art. 277) auch vom Standpunkte des Bürgen präsumtiv ein Handelsgeschäft, und es läßt sich hiergegen aus der accessorischen Natur der Bürgschaft ein Argument ebensowenig herleiten, als wenn von irgend einem anderen, den nicht kaufmännischen Promittenten nur bedingungsweise verpflichtenden Vertrage die Rede wäre. Der Verklagte hat den Gegenbeweis gegen die Vermuthung des Art. 274 überhaupt nicht angetreten. Deshalb bedarf es keiner Beweisaufnahme darüber, ob er Kaufmann ist oder nicht. Er rügt zu Unrecht eine Verletzung aller bisher angeführten Stellen des HGB., sowie der gezeigtermaßen wegen des vorliegend maßgebenden Art. 317 außer Anwendung bleibenden § 203 I 14 ALR. und des § 28 I 13 AGO., gegen welchen wegen der mehrgedachten Rechtsvermuthung nicht verstoßen sein kann.

Unter den als verletzt bezeichneten Stellen befindet sich auch der § 202 I 14 ALR., nach welchem zu einer verbindlichen Bürgschaftsleistung in der Regel die ausdrückliche Erklärung, für die Verpflichtung eines Dritten haften zu wollen, erfordert wird. Implorant versäumt es, sich darüber auszusprechen, in welcher Beziehung gegen diese Satzung soll gefehlt worden sein. Anscheinend geht er von der Ansicht aus, es ermangele an einer ausdrücklichen Erklärung seiner Seits. Unzweifelhaft muß aber mit dem vorigen Richter die Bürgschaftserklärung in den von ihm zum Gegenstande des Erfüllungseides gemachten Worten des Verklagten gefunden werden, und wenn den Worten einer Partei, also nicht ihren stillschweigenden oder gar vermutheten Willensäußerungen (§§ 58—63 I 4 ALR.), vom Richter ein gewisser Sinn beigelegt wird, so beruht solches auf zulässiger Interpretation selbst dann, wenn das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung voraussetzt.

---

summe erfolgen könnte. Nachdem A. dieses Grundstück an C. verkauft und B. gezwungen gewesen war, die Löschung selbst herbeizuführen, nahm B. den C. wegen der Kosten und Auslagen als dinglich Verpflichteten in Anspruch. Der 2. Richter wies ab, während das ObTr. die Klage zuließ, weil die Kaution nichts bedeutete, als ein Sicherungsmittel für Vornahme der stipulirten Handlung der Wegschaffung der Servitut und das Interesse an der Nichtvornahme. Die Sicherheit zur Abwendung der Zwangsvollstreckung sichert dem Gläubiger seine zur Vollstreckung stehende Forderung, die Sicherheit zur Vollstr. dem Schuldner sein Interesse an der Nichtvollstreckung, die Sicherheit, die der dritte Intervenient in der Zwangsvollstr. bestellt, dem Gläubiger seine Forderung, die Arrestkaution dem Schuldner seinen Interesseanspruch wegen des Arrestes, die Sicherheit behufs Aufhebung des Arrestes dem Gläubiger seine Forderung. Vgl. OHG. 21 S. 395 (Kaution zur Abwendung des Arrestes). Danach bestimmt sich auch die Voraussetzung für die Rückforderung der Kaution und die Beweislast für dieselbe. Ist die Kaution für eine bestimmte Forderung bestellt, so setzt die Rückforderung wie die Pfandrückforderungsklage den Beweis der Nichtexistenz oder Tilgung voraus, bei Bestellung für eine unbestimmte, künftige Forderung, deren Existenz weder unterstellt noch sicher, ist der Rückforderung gegenüber die Forderung zu beweisen. Soweit die zu sichernde Forderung entstehen mußte, hat der Rückforderer ihre Tilgung zu beweisen, OHG. 17 S. 397, 399; 24 S. 364. Darum nimmt auch StrA. 98 S. 212 an, daß der Pächter nach Ablauf der Pachtzeit und Rückgewähr des Guts zur Rückforderung der Kaution befugt ist, wenn die Zahlung der Pacht unstreitig, der Verpächter die Existenz andrer Forderungen zu beweisen hat. Ueber Arrestkautionen vgl. RG. 7 S. 374, 380 u. dazu ObTr. 19 S. 11, Erk. a. Nr. 128, Bd. 1 S. 590, u. RG. 11 S. 427.

Nr. 247. §§ 257, 258—272, 277—282, 283—296, 297—309, 310—315; §§ 329, 330; §§ 385, 386, 391—394, 395; §§ 373 ff., 389, 390; I 16 §§ 328, 329, 374; §§ 445—448; §§ 472—475; §§ 495—499. Bürgschaft. Wirkung. Verhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen. Rechte des Gläubigers. Einreden. benefic. ordinis s. excussionis. Mehrere Bürgen.*)

a. Erk. v. 3. Mai 1855; StrA. 17 S. 151.
b. Präj. 2293 v. 27. Mai 1851; ObTr. 21 S. 40.
c. Erk. v. 3. Septbr. 1863; StrA. 50 S. 213.

Im Falle a. schuldete U. den Klägern für Waaren aus 1842—1845 die Summe von 1394 Thlr., über welche er am 2. Febr. 1847 einen Schuldschein mit der Verpflichtung zur Zahlung im Laufe 1847 und zur Verzinsung vom 1. Juni 1846 ab ausgestellt, während R. gleichzeitig die Bürgschaft übernommen hatte. Im Jahre 1847, 1848 und 1850 zahlte U. zusammen 1495 Thlr., welche Kläger aber auf andere Forderungen aus 1846—1849 verrechneten, indem sie sich namentlich auf ein Abkommen mit R. vom 2. Okt. 1848 beriefen, wodurch die Abrechnung der früheren Zahlungen aus 1847 und 1848 auf diese spätere Forderung bewilligt. Als sie die Erben des R. auf Zahlung aus der Bürgschaft in Anspruch nahmen, ist die Klage auf Grund § 152, 153, 155 I 16; 330 h. t. in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. hatte A. sich für eine Darlehnsforderung des B. an C. verbürgt, B. die Forderung ausgeklagt, Mobiliar-Exekution fruchtlos versucht, die Forderung auf dem Grundstück des C. protestativisch eintragen lassen, die Umschreibung in eine definitive Hyp. versäumt, und bei der Subhastation Befriedigung nicht erhalten. Als B. den A. aus der Bürgschaft in Anspruch nahm, wendete dieser ein, dass B. den Anspruch aus der Bürgschaft nach § 328 h. t. verloren, weil er die Umschreibung der Protestation in eine Hypothek unterlassen. Das ObTr. hat dies gegen beide Instanzen verworfen. — Im Falle c. hatte A. im Konkurse des B. die Bürgschaft für die stipulirten Akkordraten (nicht selbstschuldnerisch) übernommen und wurde von dem Gläubiger C. auf Zahlung belangt, nachdem B. von Neuem in Konkurs gerathen war. A. excipirte, dass dieser Konkurs wieder aufgehoben. Der 2. Richter wies deshalb ab. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Der § 150 I 16 bestimmt: Ist der Zahlende dem Empfänger aus mehreren Forderungen verhaftet, so muß hauptsächlich nach dem Uebereinkommen der Parteien beurtheilt werden, auf welche der schuldigen Posten die geleistete Zahlung anzurechnen sei, — und der § 152 sagt: Hat der Gläubiger die ohne weitere Bestimmung gezahlte Summe ausdrücklich auf eine gewisse Post angerechnet, und der Schuldner hat solchem nicht binnen der obgedachten Fristen nach Empfang der Quittung widersprochen, so muß er sich diese Anrechnung auch in der Folge gefallen lassen.

Nachdem aber sodann für den Fall eines nicht stattgefundenen Uebereinkommens in den §§ 153, 154 festgesetzt worden, daß die geleistete Zahlung zunächst auf die von dem Schuldner zu entrichtenden Kosten und sodann zuvörderst auf die damals verfallenen Zinsen verrechnet werden müsse, verordnet der § 155 unter gleicher Voraussetzung: Unter mehreren Kapitalsposten ist die Zahlung vorzüglich auf diejenige zu rechnen, welche der Gläubiger zuerst eingefordert hat, und der § 156 disponirt: Ist keine derselben, oder sind sie alle zugleich eingefordert worden, so kann der

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 477—480; Dernburg 2 §§ 243 ff.; Förster (Eccius) 2 § 144. — Die Bürgschaft wirkt im Verhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen an erster

Gläubiger die gezahlte Summe auf diejenige Post anrechnen, bei welcher ihrer Qualität nach die wenigste Sicherheit ist.

Nach § 310 I 14 ALR. kommen dem Bürgen alle die Forderung, wofür er sich verbürgt hat, betreffenden Rechte und Einwendungen gegen den Gläubiger zu Statten. Hierzu gehören auch diejenigen, welche sich auf die Verrechnungsart einer geleisteten Zahlung beziehen, und er kann daher zunächst in Ermangelung jeder zwischen ihm oder dem Hauptschuldner und dem Gläubiger getroffenen Uebereinkunft geltend machen, daß die erfolgte Zahlung, wenn die verbürgte Schuld zuerst eingefordert worden, vorzugsweise auf diese zu verrechnen sei, während ihm zugleich eine diesfällige Vereinbarung des Gläubigers mit dem Hauptschuldner ganz so, als ob er selber daran Theil genommen hätte, zur Seite stehen muß. Darf aber der Bürge sich dem Gläubiger gegenüber auf den § 155 a. a. O. berufen, so dürfen und können auch der letztere und der Hauptschuldner sein ihm in jener Hinsicht zustehendes Recht durch ein ohne seine Zuziehung unter sich getroffenes Abkommen nicht vereiteln. Denn der § 330 I 14 schreibt vor: Durch die zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner nach vollzogener Bürgschaft errichteten Verträge kann die Verbindlichkeit des Bürgen ohne dessen Einwilligung nicht erschwert werden, und eine solche Erschwerung würde es, zumal Kläger selbst sich auf das Unvermögen des U. berufen, für die Verklagten enthalten, wenn namentlich die im August 1847 und im Januar 1848 geleisteten Zahlungen, vorausgesetzt, daß die 1394 Rthlr. zuerst eingefordert worden, dem im Oktober 1848 zwischen dem U. und den Klägern getroffenen Abkommen zufolge nicht darauf verrechnet werden sollten. Der Gläubiger, der eine bestimmte Post zuerst einfordert, giebt dadurch unzweifelhaft zu erkennen,

---

Stelle die Verpflichtung des Bürgen, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, wenn der Schuldner nicht erfüllt, abgesehen von den Fällen, wo der Bürge wegen Ungültigkeit des Hauptvertrages als Hauptschuldner erscheint, § 254. Die Bestimmung des § 253, in welchem übrigens „aller Schade" das gesammte Interesse bedeutet, OHG. 6 S. 9, 12, gehört eigentlich nicht hierher, weil die Verpflichtung des Bürgen in diesem Falle nicht auf der Bürgsch., sondern auf dem dolus beruht. Der Inhalt der Verpflichtung bestimmt sich theils durch die accessorische, theils durch die subsidiäre Natur der Verpflichtung.

1. Aus der accessorischen Natur folgt, was schon unt. Nr. 246 hervorgehoben, daß die Rechte aus der Bürgschaft nur der Gläubiger der Hauptforderung geltend machen kann, StrA. 65 S. 219 unt. Nr. 211 a. Bd. 2 S. 258, vgl. Erk. b. Nr. 212 Bd. 2 S. 270, 278, ferner die Bestimmungen über den Umfang der Verpflichtung, §§ 258 ff., 277 ff., die Einreden des Bürgen, §§ 310 ff.; ferner § 330 h. t.; §§ 386, 387, 391 ff. (Verjährung.) Der Bürge schuldet nur, was der Hauptschuldner schuldet, so lange, zu der Zeit, wie dieser schuldet, jedenfalls nicht mehr, aber möglicherweise weniger. Die Bestimmungen über den Umfang der Verpflichtung in den §§ 258 ff. weichen zum Theil vom gem. R. ab, nach welchem der Bürge für die Zinsen des Schuldkapitals haftet, wenn die Haftung nicht ausgeschlossen oder als ausgeschlossen zu verstehen, OHG. 10 S. 52. Zunächst entscheidet über den Umfang der Haftung natürlich der Bürgschaftsvertrag, event. kommen die §§ 258 ff. zur Anwendung, von denen sich § 260 zweifellos lediglich auf den § 259 bezieht und voraussetzt, daß die Bürgsch. nur für das Kapital übernommen. Bei Haftung für alles, was der Schuldner aus einem gewissen Geschäft oder z. B. aus bestimmten Wechseln schuldig geworden, erstreckt sich die Haftung selbstverständlich auch auf Zinsen, Schaden, Kosten, OHG. 6 S. 277, 281. Der Verzug des Schuldners allein begründet keine Verpflichtung zur Zinszahlung für den Bürgen, wo solche sonst nicht vorhanden, namentlich auch da nicht, wo die Bürgsch. für eine an bestimmtem Tage fällige Schuld übernommen, weil daraus allein kein Verzug des Bürgen folgt, § 316 h. t. ObTr. 16 S. 181, 188. Unbedenklich ist, daß die Bestimmungen des Hauptvertrages über die Folge des Verzugs des Schuldners nicht für den Verzug des Bürgen maßgebend sind, OHG. 24 S. 151. Im Allgemeinen ist auch für das Pr. R. der Grundsatz des gem. R. (l. 38 § 18; l. 99 pr. D. 45, 1; l. 9 § 34 D. 50, 17) anzunehmen, daß im Zweifel der Umfang gegen den Gläubiger zu interpretiren, OHG. 9 S. 184. Der Bürge schuldet nicht eher als der Schuldner. Was die Schuld gegen den deb. fällig macht, macht sie auch gegen den Bürgen fällig, daß nach § 58 KonkO. betagte Forderungen nach der Konkurseröffnung als fällige behandelt werden, macht sie aber dem Bürgen gegenüber nicht fällig, RG. 3 S. 356 (für Badensch. R., vgl. OHG. 8 S. 68). Vgl. aber für den selbstsch. B. Erk. c. Nr. 249. Pro=

daß er deshalb zuerst befriedigt sein will, und sie muß mithin durch die hierauf ohne Weiteres geleistete Zahlung als im Einverständniß beider Theile getilgt angesehen werden. Diese ihre Tilgung hat aber nothwendig die Befreiung des Bürgen, von dem dafür gut gesagt worden, zur Folge, und sie läßt sich daher zum Nachtheil des letztern durch ein späteres, hinter seinem Rücken von dem Hauptschuldner mit dem Gläubiger getroffenes Abkommen nicht wieder rückgängig machen.

Die Imploranten wenden ein, daß die Wirkungslosigkeit, welche der vorige Richter der Uebereinkunft v. 2. Oktober 1848 den Verklagten gegenüber beimißt, keinesfalls auf die erst im Jahre 1850 geleistete Zahlung bezogen werden könne. Doch verdient dieser Einwurf keine Berücksichtigung. Denn der App.-Richter verrechnet jene Zahlung lediglich in Gemäßheit des § 156 I 16 auf die verbürgte Schuld, und wenn er dem erwähnten Abkommen in Betreff der Verklagten alle Bedeutung abspricht, so bezieht sich dies eben nur auf die demselben vorangegangene Zahlung, welche jene Vereinbarung zum ausschließlichen Gegenstande hatte. Ob aber der Gläubiger, namentlich mit einem in Vermögensverfall gerathenen Hauptschuldner bei Leistung der durch letzteren bewirkten Zahlung ohne Zuziehung des Bürgen ausmachen dürfe, daß diese Zahlung nicht auf die zuerst eingeforderte und verbürgte Schuld, sondern vielmehr auf eine andere verrechnet werden solle, bedarf zwar hier, wo ein dergleichen Fall nicht vorliegt, keiner bestimmten Entscheidung, doch ist wider die Zulässigkeit auch einer zu solcher Zeit getroffenen Uebereinkunft immer zu erinnern, daß der Bürge, wenn der Hauptschuldner seine Zahlungsmittel zur Tilgung einer andern, als der zuerst eingeforderten und verbürgten, Forderung verwenden dürfte, insofern zu Schaden kommen würde, als ihm dadurch bei dem

---

longation kommt auch dem B. zu gute; inwiefern sie dem Gläubiger schadet, vgl. zu §§ 316 ff. Daß der B. auch an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zu erfüllen, folgt aus der access. Natur der Bürgsch. nicht, vielmehr wirkt die selbständige persönl. Verpflichtung des B. nur, daß er dieselbe zu erfüllen hat, wo sie nach allgem. Grundsätzen zu erfüllen ist, vgl. RG. 8 S. 366, 10 S. 282 (für Badensch. R. u. den selbstsch. B. zum Theil abweichend).

Daraus, daß der Bürge nur schuldet, was der Schuldner schuldet, u. aus §§ 281, 310 ff., 329, 330, 385, 386, 387, 391 ff. h. t.; §§ 328, 374; §§ 445—448; §§ 471 ff., §§ 495 ff. I 16 folgt, daß dem Bürgen alle Einreden zustehen, welche den Bestand der Obligation betreffen, sich auf ihrer Aufhebung, Tilgung, Veränderung zu seinen Gunsten beziehen, seine Lage günstiger, nicht schlechter gestalten, die Einreden der Ungültigkeit der Schuld, — vgl. unt. Nr. 246, — der Zahlung oder sonstigen Tilgung, der Verjährung, der Aufhebung durch Vergleich, Novation, Konfusion. Aller dieser Einreden geht der Bürge auch dem Singular- oder Universalsuccessor des Gläubigers gegenüber nicht verlustig, wenn er für die Bürgschaft, nicht für die Hauptschuld, Hypothek bestellt hat und diese Hypothek an den gutgläubigen Successor gediehen ist, §§ 423, 424 I 20; §§ 24, 38 EigenthGes. StrA. 34 S. 312, 317, weil die Hauptforderung durch das Grundbuch nicht erwiesen wird, nur die Bürgschaft. Auch durch das Verhalten des Schuldners kann ihm dies nicht verschränkt werden, vgl. § 374 I 16. Auf die Einrede der Zahlung bezieht sich das praktisch wichtige Erk. a. Einen ähnlichen Fall nach andrer Richtung behandelt S. u. v. Str. 1 S. 108, wo A. an B. verkauft, C. die Bürgschaft für einen Kaufgelderrest von 4000 übernommen, der verzinslich auf dem Grundstück eingetragen wurde. In der Subhastation liquidirte A. die 4000 u. 1530 rückständige Zinsen, erstand für 2500 u. nahm den Bürgen auf 3030 in Anspruch, indem er das Kaufgeld von 2500 auf die Zinsen und dann auf das Kapital verrechnete, während der Bürge sich darauf berief, daß er für Zinsen nicht hafte. Dies ist mit Rücksicht auf § 153 I 16, wonach die Zahlung auf die Zinsen zuerst zu rechnen, in allen Instanzen verworfen.

Noch weiter nimmt Präj. 1966 ObTr. 16 S. 181 an, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Verrechnung von Zahlungen aus insufficienten Massen (Konkurs, Kaufgelderbelegung, AGO. I 50 § 577, V. v. 4. März 1834 § 18, SubhGes. v. 13. Juli 1883 § 35 Nr. 3) nur unter den Gläubigern maßgebend, im Verhältniß zum Bürgen aber ebensowenig wie im Verhältniß zum Schuldner den Gläubiger hindern, die erhaltene Zahlung zunächst auf die verfallenen Zinsen zu verrechnen, § 153 I 16. Nach § 435 I 5 kann der Bürge sich auch auf Tilgung der Forderung durch Zahlung Seitens des Mitbürgen berufen, § 378 h. t. Einen solchen Fall behandelt RG. 7 S. 185, wo der eine Bürge unter Vorbehalt gezahlt hatte u. der andre Bürge auf die Klage des Gläubigers Befreiung durch diese Zahlung einwendete.

nach § 338 I 14 an den Hauptschuldner zu nehmenden Regresse das Objekt seiner eigenen Befriedigung entzogen wäre.

Die Imploranten suchen sodann auszuführen, daß bei der Existenz des von dem U. am 2. Februar 1847 ausgestellten Schuldscheins die frühere Einforderung der darin verschriebenen 1394 Rthlr. keinesfalls weiter in Betracht kommen könne, daß vielmehr bei dieser Lage der Sache nur eine nach Ablauf des Jahres 1847 an den Hauptschuldner gerichtete und nicht wieder zurückgenommene Zahlungs-Aufforderung, insofern zugleich erwiesen wäre, daß zu jener Zeit nicht auch schon eine Mahnung der Posten von 1842 bis 1846 stattgefunden, den Verklagten das Recht gegeben hätte, sich auf den § 155 I 16 zu berufen. Allein abgesehen davon, daß der App.-Richter jenen Schuldschein nach § 452 I 16, sowie respektive nach § 867 I 11 ALR., soweit es sich um Verrechnung der obigen Zahlungen handelt, für einflußlos erklärt, und daß ihm eine Verletzung oder unrichtige Anwendung jener Vorschriften nicht vorgeworfen ist, kann jener Verschreibung auch an sich die Wirkung, welche die Imploranten ihr zugeschrieben wissen wollen, nicht beigemessen werden. Denn sie enthält weder die Angabe eines Zahlungstages noch sonst eine Bestimmung, woraus zu entnehmen wäre, daß die Kläger wegen der fraglichen 1394 Rthlr. nicht zuerst hätten befriedigt werden wollen, vielmehr hat U. sich darin unter Anerkennung der gedachten Schuld nur verpflichtet, sie seit dem 1. Juni 1846 bis zum Tage ihrer Abtragung mit vier Prozent zu verzinsen, und der Erblasser der Verklagten hat zwar in seinem besonderen Bürgschafts-Instrumente die Zahlung der gedachten Summe versprochen, wenn sie nicht durch U. im Laufe desselben Jahres geleistet werden sollte. Doch haben Imploranten sich hierauf nicht berufen, und es läßt sich zugleich daraus nicht

---

Das RG. hat die Klage abgewiesen, weil auch die Zahlung unter Vorbehalt die Forderung objektiv, wenn auch unter Resolutivbedingung tilgt, § 149 I 16, OHG. 19 S. 323, RG. 7 S. 152. Dagegen kann sich der Bürge aber auch nur auf effektive Zahlung berufen, also nicht z. B. nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des deb. darauf, daß der Gläubiger seine Forderung angemeldet u. nach dem Stande der Masse Zahlung zu erwarten oder Ausfall nur auf bestimmte Höhe zu befürchten hat, OHG. 14 S. 212, 213; StrA. 70 S. 28. Nach § 310 h. t. kann sich der Bürge des Cedenten gegenüber dem klagenden Cessionar auch auf § 434 I 11 berufen, OHG. 6 S. 234. Ueber den Einwand der *Verjährung* bestimmen die §§ 391 ff. (vgl. unt. Nr. 249 bezüglich des selbstsch. Bürgen). Mit der Verjährung der Hauptforderung ist der Bürge befreit; sie läuft für ihn wie für den Hauptschuldner und wird von ihm geltend gemacht, auch wenn sie der deb. nicht geltend gemacht hat, StrA. 33 S. 290, 299. Was sie gegenüber dem deb. unterbricht, unterbricht sie gegen ihn. Unbedenklich ist, daß der Bürgschaftsvertrag selbst die Verj. nicht unterbricht, wenn nicht etwa anerkennende Erklärung des deb. damit verbunden, daß Bürgsch. für verjährte Forderung rechtlich bedeutungslos, daß der Einwand der Verj. nach dem örtl. R. der Hauptobligation zu beurtheilen ist, RG. 10 S. 186, daß der Bürge sie zu beweisen hat wie jeder Andre, der sie behauptet, OHG. 14 S. 212, 217 (11 S. 351, 13 S. 55).

Mit der accessorischen Natur u. dem Rechtssatz, daß die Bürgschaft mit der Hauptforderung steht u. fällt, hängt die Vorschrift in §§ 261, 262 h. t. über den Untergang der Verpflichtung des Bürgen, der sich *nur für die Zinsen* eines Kapitals verbürgt, durch den Verlust des Kapitals beim Schuldner zusammen. Einen solchen Fall behandelt S. u. v. Str. 1 S. 52. In dem Falle war die Hypothek, für deren Zinsen Bürgschaft übernommen, bei der Subh. ausgefallen, der Schuldner mit völlig insufficientem Nachlaß verstorben. Es ist angenommen, daß es bei solcher, den Verlust des Kapitals klarlegenden Sachlage nicht erst noch der Feststellung des Verlustes durch Eröffnung des Konkurses bedürfe, dies aus § 262 h. t. nicht folge. In OHG. 20 S. 383 (gem. R.) hatte A. an B. verkauft, C. Bürgschaft für das Kaufgeld übernommen, A. die Waare an B. gesandt, nach Ausbruch des Konkurses über B. aber einen Theil in Ausübung des Verfolgungsrechts (§ 36 RKonkO.) zurückerhalten, verkauft u. die Differenz gegen den Kaufpreis vom Bürgen gefordert. Der Anspruch ist durchgedrungen, weil durch die Ausübung des Verfolgungsrechts das Geschäft selbst nicht rescindirt, die Verpflichtung des Käufers u. also auch die Bürgschaft nicht beseitigt.

Nach §§ 311—314 h. t. gehn die Einreden gegen die Hauptschuld dem Bürgen auch dadurch nicht verloren, daß der Gläubiger gegen den Schuldner ein Judikat erlangt. Da § 311 nach den Bestimmungen der CPrO. §§ 63 ff. seine Bedeutung verloren hat, kann der Gläubiger sich nur noch dadurch

folgern, daß R. die Verrechnung der während jenes Jahres oder später durch U. zu leistenden Zahlungen auf andere später entstandene und ursprünglich eingeforderte Posten genehmigt habe. Zwar soll der App.-Richter, wie die Imploranten behaupten, insofern er die zuerst geschehene Einforderung der fraglichen 1394 Rthlr. daraus folgert, daß dem U. die betreffenden Rechnungen zuerst zugestellt worden, gegen den § 685 II 8 ALR. gefehlt haben. Doch läßt sich dies keineswegs annehmen. Denn diese in dem angefochtenen Urtheil nicht allegirte Vorschrift bestimmt gerade ausdrücklich, daß es einer ausdrücklichen Einmahnung gleich geachtet werden soll, wenn der Käufer dem Abnehmer Rechnung zuschickt, und die Imploranten wollen nun zwar zwischen einer ersten Rechnung, welche nur bezwecke, den Käufer mit dem, was er zu zahlen habe, bekannt zu machen, und einer zweiten, nach Eintritt der Verfallzeit übersandten, worauf der § 685 sich allein beziehe, unterschieden wissen. Doch ist dieser Unterschied in der gedachten Vorschrift nicht begründet, während unter der daselbst erwähnten Rechnung eine dem Käufer erst nach eingetretener Verfallzeit zugefertigte nicht verstanden werden kann; vielmehr ist der Einmahnung, womit die Zufertigung jener Rechnung gleiche Wirkung haben soll, sowohl der Natur der Sache nach, als den Bestimmungen der §§ 864, 686—688 a. a. O. zufolge, die Bedeutung einer ersten dem Fälligkeitstermine vorangehenden Zahlungs-Aufforderung beizumessen, und es würde übrigens nach den faktischen Feststellungen des vorigen Richters, selbst wenn jener von den Imploranten geltend gemachte Unterschied gerechtfertigt wäre, doch immer der daran geknüpfte Angriff erfolglos bleiben müssen, zumal der § 685 sich überhaupt nur auf Käufer, die ihrerseits keine Kaufleute sind, bezieht.

---

helfen, daß er mit der Klage gegen den deb. gleichzeitig gegen den Bürgen die Feststellungsklage auf seine eventuelle Verbindlichkeit aus der Bürgschaft erhebt, für welche ihm das Interesse an alsbaldiger Feststellung nicht fehlt. Die Ausnahme in § 313 h. t. ist strikt auf den Fall der Verbürgung für bestehendes oder künftiges Judikat zu beschränken, nicht z. B. auf den Fall auszudehnen, wo „für alle Ansprüche" Bürgschaft übernommen, OHG. 1 S. 59. Außer den Einreden gegen die Gültigkeit der Bürgschaft kann der Bürge im Falle des § 313 dem Gläubiger aber auch alle Einreden entgegensetzen, die noch in der Exekutionsinstanz dem deb. selbst zustehen, z. B. die Einrede der Simulation der Schuld u. des Judikats. Das Judikat gegen den deb. wirkt auch in diesem Falle nach §§ 665 ff. CPrO. nicht ohne Weiteres gegen den Bürgen, wenn es auch nicht gegen die Grundsätze von der res. jud. verstößt, das Judikat als **Beweismittel** gegen den Bürgen zu benutzen, StrA. 61 S. 308. Eine Ausnahme macht § 179 KonkO. für den Akkordbürgen, der sich das benef. exc. nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Auch ihm stehen daher ebenso wie dem früheren Gemeinschuldner selbst nur die noch in der Exekutionsinstanz zulässigen Einreden zu. Dasselbe hat StrA. 54 S. 336 schon für die Preuß. KonkO. angenommen und konsequent muß es auch für den Fall der Rückbürgschaft für den Akkordbürgen gelten; von Anwendung des § 382, der übrigens keine andere Bedeutung haben kann als § 311 h. t., kann in solchem Falle nicht die Rede sein, da Benachrichtigung des Rückbürgen von der Exekution oder Zuziehung desselben dabei prozessual nicht möglich, StrA. 84 S. 160.

2. Aus der subsidiären Natur der Bürgschaft folgt, daß der B. regelmäßig erst an zweiter Stelle, **nach** dem Schuldner, nur für den Fall haftet, daß dieser nicht zahlen kann. Von selbst versteht sich dies für den Fall der Schadlosbürgschaft, § 268 h. t., aus deren Natur folgt, daß die Vorausklage oder der Nachweis des Verlustes Voraussetzung der Verpflichtung des Bürgen. Auch wo an sich Art. 281 Abs. 2 HGB. vorliegt, ist in solchem Falle Vorausklage nöthig, OHG. 13 S. 172. Wo Bürgschaft für Verlust übernommen, wird es übrigens darauf ankommen, was darunter konkret zu verstehen. In OHG. 14 S. 212, wo ein Handlungs-Reisender das del credere auf $^1/_4$ des wirklichen Verlustes aus den von ihm vermittelten Geschäften übernommen, ist z. B. angenommen, daß Verlust schon anzunehmen, wenn nach kaufmännischer Uebung eine ausstehende Forderung als uneinbringlich abzuschreiben.

Nach §§ 201, 381 scheint die Rückbürgschaft grundsätzlich als Schadlosbürgschaft aufgefaßt u. die Vorausklage gegen den deb. stets vorausgesetzt zu sein; der Verzicht auf das benef. exc. ist indessen dadurch nicht ausgeschlossen. Darauf berufen die §§ 257, 283 ff. betreffend das benefic. ord. s. exc. Ausnahmen sind für die selbstsch. u. die Handelsbürgschaft u. durch § 179 KonkO. für die Akkordbürgschaft statuirt, welche ohne Vorbehalt des benef. als selbstsch. gilt. Daß die Frage, ob dem Bürgen die Berufung auf Vorausklage zusteht, nach dem örtl. R. des

Gründe: b. Nach den thatsächlichen Feststellungen des App.-Richters liegt eine verbürgte, gegen den Hauptschuldner ausgeklagte, und bei der Subhastation seiner Grundstücke nicht zur Hebung gelangte Personalforderung vor. Der von dem Gläubiger an den Bürgen genommene Rückgriff ist indeß auf Grund des § 328 I 14 zurückgewiesen worden, weil sich der Kläger bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner eines groben Versehens dadurch schuldig gemacht habe, daß er die im Exekutionswege erwirkte protestativische Eintragung der judikatmäßigen Forderung nicht rechtzeitig in eine definitive Hypothek habe umschreiben lassen, was, wäre es geschehen, seine Befriedigung aus den Kaufgeldern des subhastirten Grundstückes des Hauptschuldners herbeigeführt haben würde.

In dieser Begründung hat der Implorant eine Verletzung der §§ 328, 284—292 I 14 gefunden. Dieser Angriff muß auch für begründet erachtet werden.

Die aus vernachlässigter Diligenz entstehenden Folgen können nicht weiter vertreten werden, als die Verpflichtung zur Diligenz überhaupt reicht. Die Grenzen dieser Verpflichtung werden durch das jedesmalige konkrete Rechtsverhältniß bestimmt; der Ausdehnung der Haftbarkeit über die so gezogenen Grenzen hinaus fehlt es an einem Rechtsgrunde. Wenn der § 328 a. a. O. bestimmt: Hat der Gläubiger bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so fällt ihm der daraus entstehende Schade zur Last, — so folgt für das Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen dieses, daß dem Gläubiger bei der exekutivischen Verfolgung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner ein vertretbares Versehen nur bis zu dem Punkte imputirt werden kann, bis zu welchem er dem Bürgen gegenüber die Exekution gegen den Haupt-

---

Bürgschaftsvertrages zu beurtheilen, darüber vgl. RG. 9 S. 185 unt. Nr. 246. Die §§ 283 bis 296 bestimmen, wie weit der Gläubiger gegen das Vermögen des deb. vorgehen muß, ehe er den B. in Anspruch nehmen darf. Unbedenklich ist, daß § 287 nicht die Pflicht der Klage des Gläubigers gegen den Drittschuldner statuirt u. aus den §§ 289 ff. nicht folgt, daß der Personalgläubiger seine Forderung auf die Grundstücke des Schuldners eintragen lassen, oder, wenn es geschehen, außer der Zwangsverwaltung auch die Subhastation betreiben muß, Erk. b. Das Präj. 63 nahm an, daß bei Verurtheilung im Exekutivprozeß nach fruchtloser Exek. gegen den deb. der B. zahlen muß, auch wenn die Sache in ordinario noch anhängig. Das gilt auch für den jetzigen Urkundenprozeß u. das Nachverfahren.

Die Pflicht der Vorausklage fällt außer in den eben bezeichneten Fällen fort im Falle §§ 298, 300 h. t. Der Fall des § 298 liegt nicht vor, wenn der Hauptschuldner schon zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft im Inlande nicht zu belangen. So StrA. 47 S. 116, wo A. in London von B. in Berlin Waaren gekauft u. C. die Bürgschaft übernommen hatte u. B. den C. ohne Vorausklage gegen A. vergeblich in Anspruch nahm; in solchem Falle läßt sich nicht sagen, daß der deb. „nicht mehr" in Königl. Landen zu belangen. In ObTr. 65 S. 83 (StrA. 81 S. 99) war angenommen, daß § 298 durch Art. 3 der Verf. f. den Nordd. Bund nicht aufgehoben; A. hatte Forderung gegen B. in Preußen, für die C. in Preußen die Bürgschaft übernommen u. ohne Vorausklage belangt wurde, als B. von Preußen nach Anhalt verzogen war. Dies ist zugelassen. Ob der Grund des Gesetzes jetzt noch zutrifft, wo gemeinsame Gerichtsverfassung u. gemeinsamer Prozeß der Rechtsverfolgung innerhalb des Deutschen Reichs keine Schwierigkeiten mehr entgegenstellen, ist sehr fraglich. RG. 6 S. 157 hat in einem gemeinrechtl. Fall mit Rücksicht darauf angenommen, daß der Umstand, daß Gläubiger u. Schuldner in verschiedenen Orten des Deutschen Reichs und verschiedenen Bundesstaaten wohnen, den deb. nicht als abwesend im Sinne des Nov. 4 c. 1 erscheinen lassen.

Nach § 300 wird durch die Eröffnung des Konk. über das Vermögen des deb. das Recht des Gläubigers, den B. ohne Vorausklage in Anspruch zu nehmen, begründet, vorausgesetzt, daß die sonstigen Voraussetzungen, insbesondere die Fälligkeit vorhanden, vgl. oben RG. 3 S. 356. Das Recht dauert so lange u. besteht so weit, als der Gläubiger nicht aus dem Vermögen des deb. effektiv befriedigt wird, StrA. 70 S. 38 u. oben. Der Gläubiger ist deshalb auch nicht behindert, seine Forderung im Konkurse des deb. bis zu seiner Befriedigung durch den Bürgen geltend zu machen, nach §§ 301 ff. h. t. sogar dazu verpflichtet, eine Pflicht, die einen Theil ihrer Bedeutung, wenn auch nicht jede, jetzt durch den Fortfall der Präklusion im Konkurse, § 304 h. t., u. die rechtliche Möglichkeit für den Bürgen, seine eventuelle Regreßforderung gegen den deb. im Konkurse geltend zu machen, verloren hat, vgl. unt.

schuldner überhaupt zu verfolgen verpflichtet ist. Nun aber bestimmt der § 289 a. a. O., daß, wenn nur eine Personalforderung vorliegt, der Hauptschuldner aber Grundstücke besitzt, der Gläubiger außer der Mobiliar-Exekution auch noch die Sequestration oder Immission nachsuchen muß, ehe er den Bürgen belangen kann. Danach bildet die Nachsuchung der Sequestration oder Immission die Grenze, bis zu welcher die Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz reicht, und innerhalb deren er sich durch ein grobes Versehen dem Bürgen gegenüber verantwortlich macht. So wenig er in seinem Verhältnisse zum Bürgen verbunden ist, über dieselbe hinaus zu gehen, und so wenig er verpflichtet sein kann, seine ursprünglich persönliche Forderung im Exekutionswege zu einer dinglichen zu erheben, eben so wenig kann ihm zugemuthet werden, eine über diese Grenze hinausgreifende Diligenz zu prästiren. Ist er in der Verfolgung der Exekution bis zu dieser Grenze gelangt, und hat er sich bis zu derselben eines vertretbaren Versehens nicht schuldig gemacht, so ist sein Recht, sich an den Bürgen zu halten, existent und verfolgbar gemacht; was er über diese Grenze hinaus gegen den Hauptschuldner noch vorgenommen hat, kommt bei dem zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen obwaltenden Verhältnisse nicht mehr in Betracht. Anders würde sich die Sache stellen, wenn von Haus aus eine Realforderung vorläge; für eine solche haben die §§ 292 ff. a. a. O. eine weitere Grenze gezogen; eine Realforderung aber ist nicht vorliegend. Es kann nicht behauptet werden, daß die ExekO. v. 4 März 1834 eine Aenderung der landrechtlichen Bestimmungen in dieser Beziehung herbeigeführt habe, denn der darin dem Judikat beigelegte Pfandtitel macht die Forderung selbst nicht zu einer von Haus aus realen; nur von einer solchen aber ist der § 292 in seiner Gegensätzlichkeit zum § 284 zu verstehen. Im vorliegenden Falle hat der Implorant

---

Nr. 247a. Ueber die Stellung des Bürgen gegen den Gläubiger im Konkurse des deb. vgl. unt. Nr. 248. Nach dem Erk. c. hebt die Wiederaufhebung des Konk. das einmal entstandene Recht des Gläubigers nicht auf. Dasselbe nimmt StrA. 84 S. 160 in einem Falle an, wo der Kläger sich im Konkurse des A. für die Akkordraten verbürgt u. B. ihm Rückbürgschaft geleistet, Kläger im Wege der Exek. zur Zahlung verschiedener Akkordraten gezwungen war u. den B. aus der Rückbürgschaft in Anspruch nahm, bevor er den Hauptschuldner belangt hatte, der später wieder in Konkurs verfallen war. Der 2. Richter wies ab, weil Kläger den § 382 nicht beobachtet und den Rückbürgen bei der Exek. nicht zugezogen hatte, was offenbar verfehlt war, — vgl. oben, — aber auch umdeswillen, weil Kläger den Hauptschuldner nicht in Anspruch genommen, auf die spätere Konkurseröffnung sich nicht berufen könne, vielmehr hätte beweisen müssen, daß der Hauptschuldner schon zur Zeit der vom Kläger geleisteten Zahlung insolvent gewesen. Daß § 384 h. t. die Anwendung des § 300, der als generelle Rechtsnorm für jede Bürgschaft aufgestellt, nicht ausschließt, ist nicht bedenklich, u. wenn der neue Konkurs über A. nach Zahlung der Akkordraten durch den Kläger eröffnet, so lag der Fall des § 300 gewiß vor, der nichts weiter voraussetzt, als daß nach der Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung der deb. in Konkurs fällt. Durch die Zahlung der Akkordraten war der Anspruch gegen den deb. entstanden u. zugleich fällig geworden u. damit mindestens auch die eventuelle Verpflichtung des Rückbürgen existent geworden. Das ObTr. geht in den Gründen aber noch weiter u. deducirt, daß schon der Umstand, daß der Konkurs über A. zur Zeit der Uebernahme der Rückbürgschaft schwebte, die Anwendung des § 300 begründete, der nur fortfalle, wenn die Insolvenz in die Zeit vor der Bürgschaftsübernahme falle. Dagegen lassen sich Bedenken erheben.

Im Fall der Bürge in Konkurs geräth, kann der Gläubiger seine Forderung, auch wenn der Fall noch nicht eingetreten, als bedingte geltend machen. Davon ging schon § 395 h. t. aus. Die §§ 396—398 haben ihre Bedeutung verloren; der Fall der Kompetenz, dessen § 398 erwähnt, ist fortgefallen, Pr. KonkO. §§ 434 ff.

Mehrere Bürgen haften dem Gläubiger nach den Vorschriften der §§ 424 ff. I 5, ohne benefic. divisionis, wenn durch Vertrag nichts andres bestimmt; das Vertragsverhältniß unter den Mitbürgen berührt den Gläubiger nicht, vgl. oben RG. 7 S. 184. Der Afterbürge ist Mitbürge, der an zweiter Stelle haftet, oder Bürge für den Bürgen; vgl. unt. Nr. 246, 248. Besondres gilt für diese Bürgschaft nicht, ebenso wenig für den in § 377 angedeuteten Fall der Bürgsch. eines Mitbürgen für den andren. Darauf beruht § 389; mit der Verpflichtung des Hauptbürgen fällt die des Afterbürgen ebenso fort wie mit dem Fortfall der Hauptverbindlichkeit.

gegen seinen persönlichen Hauptschuldner Alles gethan, wozu er dem Bürgen gegenüber verpflichtet war; die auf unpassender Anwendung des § 328 a. a. O. beruhende App.-Entscheidung unterliegt danach der Vernichtung.

Gründe: c. Wenn auch nach § 283 I 14 der Gläubiger in der Regel an den Bürgen sich nicht eher zu halten berechtigt ist, als bis er durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner erwiesen hat, daß dieser seine Verbindlichkeit zu erfüllen ganz oder zum Theil nicht im Stande ist, so sanktionirt das Gesetz doch auch mehrere Fälle, in denen ausnahmsweise der Gläubiger mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners sich sofort an den Bürgen halten kann, und dies ist namentlich im § 300 a. a. O. für den Fall vorgeschrieben, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet wird, in welchem Falle der Umstand, daß der Konkurs eröffnet ist, für sich allein, und ohne daß es noch eines weiteren Nachweises bedarf, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit zu erfüllen nicht im Stande ist, dem Gläubiger das Recht giebt, mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners sofort von dem Bürgen die Erfüllung zu verlangen. Diese durch die Konkurseröffnung einmal erworbene Befugniß des Gläubigers kann dadurch, daß der Konkurs später wieder aufgehoben wird, nicht alterirt und ihm nicht wieder entzogen werden, indem, wenn auch diese Aufhebung des Konkurses nach § 210 der Konk.O.* nur mit Einwilligung sämmtlicher Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben, zu welchen überdies nicht einmal der Kläger gehören soll, geschehen kann, dadurch eben nur der Konkurs wieder aufgehoben, die geschehene Eröffnung desselben aber keineswegs als nicht erfolgt erklärt wird, und kann er keineswegs so angesehen werden, als sei der Konkurs niemals eröffnet worden. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die Vorschrift des § 306 a. a. O., nach welcher der Einwand, daß der Hauptschuldner nach der fruchtlosen Exekution wieder zu bessern Vermögensumständen gelangt sei, den Bürgen von der ungesäumten Befriedigung des Gläubigers nicht befreien kann, indem darin doch der Grundsatz anerkannt ist, daß, wenn einmal das Recht des Gläubigers, sich wegen des festgestellten Unvermögens des Hauptschuldners mit Uebergehung desselben sofort an den Bürgen zu halten, ins Leben getreten ist, durch den Nachweis der inzwischen eingetretenen Vermögensverbesserung des Hauptschuldners das Recht des Gläubigers, sich an den Bürgen zu halten, nicht wieder aufgehoben wird, im vorliegenden Falle überdies auch daraus, daß das Konkursverfahren eingestellt ist, noch gar nicht folgt, daß der Hauptschuldner zu besseren Vermögensumständen gelangt ist. Es ergiebt sich hieraus von selbst, wie auch der Umstand, daß zur Zeit der Anstellung dieser jetzigen Klage der Konkurs bereits wieder aufgehoben war, nicht von entscheidendem Gewicht sein kann.

*) RKonkO. § 188.

Nr. 247a. §§ 257 ff., 283 ff., 316—327, 328—333, 334—337; §§ 338, 339, §§ 388—390; I 16 §§ 495—499. Bürgschaft. Wirkung. Verhältniß zwischen Gläubiger und Bürgen. Rechte des Bürgen und Pflichten des Gläubigers. Prolongation. benef. cedendarum actionum. Ende und Aufhebungsgründe der Bürgschaft. Recht auf Befreiung gegen den Gläubiger.*)

*) Vgl. Litteratur unt. Nr. 247. — Außer der unt. Nr. 247 erwähnten Pflicht, den deb. an erster Stelle in Anspruch zu nehmen, auszuklagen u. zu exequiren, hat der Gläubiger, ebenso wie er die Schuld nicht zum Nachtheil des Bürgen erschweren darf, die Pflicht, die Gefahr, die der Bürge übernommen, nicht dadurch zu erhöhen, daß er willkürlich oder fahr-

a. Erk. v. 3. Juli 1868; ObTr. 60 S. 102 (StrA. 72 S. 38).

b. Erk. v. 25. Jan. 1847; ObTr. 14 S. 257.

Im Falle a hatte A sich in der Urkunde vom 17. Dez. 1857 für die Schuld des B. an C. verbürgt, B. an demselben Tage dem C. durch gerichtliche Urkunde Hypothek bestellt, die eingetragen, auf Bewilligung des C. aber 1859 gelöscht wurde. Der Klage aus der Bürgschaft wurde entgegengesetzt, dass durch diese Löschung das Recht aus der Bürgschaft nach §§ 331, 332 h. t. verloren gegangen. Dies ist in allen Instanzen verworfen. — Im Falle b. hatte A. für die Darlehnsforderung des B. an C. aus einem Schuldschein, in welchem die Rückzahlung am 1. Jan. 1842 stipulirt, die Bürgschaft übernommen, aus der er 1844 nach Klage und Exekution gegen den C. in Anspruch genommen wurde. Er wendete ein, dass er den B. nach dem 1. Jan. 1842 zur Klage gegen den C. aufgefordert, B. aber nicht geklagt, sondern dem C. Nachsicht gegeben habe, wodurch die Bürgschaft nach § 316 h. t. erloschen sei. In 2. und 3. Instanz ist der Einwand verworfen.

Gründe: a. Die Vorschrift der §§ 331, 332 I 14, daß der Gläubiger während der Bürgschaft der ihm noch außer selbiger von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheit ohne Genehmigung des Bürgen sich nicht begeben darf und daß, wenn er es dennoch thut, er seines Rechtes an den Bürgen verlustig wird, ist ein Ausfluß aus dem schon nach röm. R. dem Bürgen zustehenden, im ALR. a. a. O. §§ 338, 339 gedachten

---

lässig seine Befriedigung durch den Hauptschuldner selbst, ganz oder theilweise verhindert. Auf diesem Grundsatz fußen die Vorschriften in den §§ 301—305, 328, 329, 331—333, 338, 339 h. t., von denen § 304 schon durch die Preuß. KonkO. fortgefallen. Wie weit der Gläubiger die Exek. gegen den deb. treiben muß, ergiebt sich aus den §§ 284—292 h. t., vgl. Erk. b. Nr. 247, betreffend das benef. exc. s. ord. Ob ein Versehen bei der Verfolgung und Beitreibung vorliegt, § 328, ist nur konkret zu beurtheilen. Trotz des Fortfalls des § 304 kann z. B. ein Versehen in der Nichtanmeldung der Forderung zum Konkurse vorliegen, auf welches der nach Beendigung des Konkurses belangte Bürge sich berufen kann, wenn der Gläubiger bei der Anmeldung Befriedigung aus der Masse nach deren Stande ganz oder theilweise erlangt haben würde. Es kann darin liegen, daß der Gläubiger nicht rechtzeitig geklagt, nicht rechtzeitig Exek. nachgesucht u. den Bürgen dadurch benachtheiligt hat. Obwohl nach § 317 h. t. die Prolongation der Schuld bei nicht betagter Bürgschaft dem Gläubiger unschädlich, die Bürgschaft nicht aufhebt, die Betagung der Hauptschuld der Betagung der Bürgschaft nach § 316 nicht gleichsteht, Erk. b. StrA. 48 S. 186; OHG. 18, S. 301, auch bei betagter Bürgschaft die Prolongation an sich nicht schadet, wenn sie den Termin der Bürgschaft nicht überschreitet, so kann doch in der Prolongation, die übrigens immer nur bei Willenserklärung, nicht bei blos unterlassener Klage anzunehmen, culp. in exigendo liegen, wenn sie auch ohne mala fides unter Umständen bewilligt, unter denen sie bei gehöriger Aufmerksamkeit und Berücksichtigung der Vermögenslage des deb. hätte verweigert werden müssen, OHG. 5 S. 351, 355; 8 S. 136, 140. In solchem Falle wird zwar nach §§ 305, 333 h. t. dem Gläubiger die Vertheidigung zuzulassen sein, daß die Prolongation trotzdem unschädlich gewesen, er hat dies aber ebenso wie im Falle der §§ 331—333 zu beweisen. Anders liegt die Sache, wenn die Prolongation vertragsmäßig untersagt oder an die Genehmigung des Bürgen gebunden ist. Das ist ebenso gut, als wenn die Bürgsch. auf gewisse bestimmte Zeit übernommen, d. h. § 320 h. t. findet Anwendung, wonach binnen 3 Tagen nach abgelaufener Frist geklagt werden muß. Einen solchen Fall behandelt StrA. 61 S. 44, wo ein Vorschußverein dem A. Darlehn gegeben, B. Bürgschaft nach der Bestimmung des Statuts übernommen, im Statut bestimmt war, daß die Rückzahlungsfrist nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Bürgen verlängert werden dürfe, und Prolongation ohne solche bewilligt war. Hier ist die Klage gegen den Bürgen abgewiesen. Vorausgesetzt ist dabei, daß die Bestimmung im Statut auch für das Bürgschaftsverhältniß rechtlich bedeutend, nicht blos eine Instruktion für die geschäftsführenden Beamten des Vereins. Aehnliche Fälle behandelt OHG. 4 S. 209, 316; 9 S. 184 (gem. R.). Das Mittel, welches § 316 h. t. dem Bürgen bei unbetagter Bürgschaft für betagte Schuld giebt, die Befreiung von der Bürgsch. herbeizuführen, setzt nach dem Erk. b. voraus, daß der Bürge auf Anstellung der Klage gegen den deb. oder Befreiung klagt,

Benef. cedendarum actionum. Sie verbietet während der Bürgschaft das Aufgeben jeder dem Gläubiger noch außer selbiger vom Hauptschuldner bestellten Sicherheit, also insbesondere auch derjenigen, welche der Hauptschuldner durch Pfand dem Gläubiger bestellt hat. Sie bezieht sich, weil der Bürge ein Recht darauf hat, daß seine Verbindlichkeit nicht ohne seine Zustimmung durch Handlungen des Gläubigers über dasjenige Maß hinaus, welches sie nach dem thatsächlichen Zustande zur Zeit, als er die Bürgschaft übernahm, hat, erschwert werde, §§ 328—330 a. a. O., und weil er nach diesem thatsächlichen Zustande bei Eingehung der Bürgschaft das Benef. cedendarum actionum erlangt, nur auf die schon bei Eingehung der Bürgschaft außer selbiger dem Gläubiger vom Hauptschuldner bestellte Sicherheit. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik, 2. Aufl. Bd. 3 S. 920, 921 führt für das röm. R. auf Grund des Benef. cedendarum actionum aus: „daß der Gläubiger zum Nachtheile des Bürgen ein ihm vom Hauptschuldner zur Zeit des Bürgschaftsvertrages schon konstituirtes Pfandrecht nicht aufgeben darf, daß aber, wenn der Gläubiger erst nach konstituirter Bürgschaft sich vom Hauptschuldner hat ein Pfand geben lassen, der Bürge aus einer solchen res inter alios acta kein Recht erwerben kann, daß vielmehr, wenn der Gläubiger ein solches Pfand wieder fahren läßt, das ursprüngliche Verhältniß des Bürgen lediglich wieder dasselbe geworden ist."

Auch bei der Gesetz-Revision haben die Revisoren ausgeführt: daß nach dem angeführten § 331 nur eine schon zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft vom Hauptschuldner noch außer derselben bestellte Sicherheit, vom Gläubiger nicht

---

ein materielles Klagerecht, welches auch durch die CPO. nicht beseitigt ist. Eine willkürliche Disposition zum Nachtheil des Bürgen im obigen Sinne enthält der Fall des § 331 h. t., der aber im Erk.* a. aus der ratio, daß die conditio des Bürgen nicht deterior gemacht werden soll, als sie zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft war, einschränkend dahin ausgelegt ist, daß er sich nur auf eine Sicherheit bezieht, die zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft schon vorhanden war und mit Rücksicht auf welche deshalb präsumtiv die Bürgschaftsgefahr mit übernommen ist. Auf Bürgen bezieht sich § 331 nach § 390 h. t. überhaupt nicht. Dagegen kann unter § 331 z. B. fallen, wenn die Bürgschaft für ein Darlehn übernommen, über welches der Schuldner zugleich einen Wechsel gegeben, u. der Gläubiger versäumt hat, den Regreß aus dem Wechsel zu nehmen, die Regreßklage oder auch die Klage aus dem Wechsel gegen den Hauptverpflichteten hat verjähren lassen. Die Voraussetzung des § 333 hat der Gläubiger zu beweisen.

Um ein Verschulden andrer Art handelt es sich in OHG. 20 S. 47 in einem gemeinrechtl. Falle. A. hatte für den Reisenden des B. Bürgschaft übernommen und B. den Reisenden auf Reisen geschickt, obwohl derselbe einkassirte Beträge nicht abgeliefert, sondern unterschlagen hatte. Da der Bürge später für Beträge aus Anlaß dieser neuen Reise in Anspruch genommen wurde, drang seine Einrede durch, daß der Gläubiger den Reisenden fahrlässig auf die neue Reise geschickt, ohne seine Negligenz die Forderung nicht entstanden wäre, für welche der Bürge haftbar gemacht wurde.

Ein Recht auf Befreiung von der Bürgsch. gegenüber dem Gläubiger statuirt §§ 318, 319 für den Fall der unbetagten Bürgschaft für Verbindlichkeiten, deren Fälligkeit in sich unbestimmt. Im Uebrigen scheiden die §§ 320 ff. die betagte Bürgschaft für ein Darlehn, §§ 320, 321, und die betagte Bürgschaft für fortdauernde Verbindlichkeiten, §§ 322, 323 ff., wobei es unzweifelhaft ist, daß § 323 sich nur auf § 322, nicht auf § 320 bezieht. Im Falle des § 320 hat die Prolongation den Fortfall der Bürgschaft von selbst zur Folge, OHG. 5 S. 351, 355, wo solche Bürgsch. in einem Falle angenommen, in dem der Vertreter des A. an B. verkauft mit 20 Tagen Ziel und das del credere übernommen, A. dann das Ziel auf 30 Tage verlängert hatte und es unklar blieb, ob die nachherige Zahlungseinstellung des B. nicht erst nach Ablauf der 20 Tage eingetreten war. Das OHG. deducirt, daß nach Handelsgebrauch zu beurtheilen, ob betagte Bürgsch. bei Bürgsch. für betagte Schuld vorliegt und daß dem Gläubiger auch in solchem Fall der Beweis der Unschädlichkeit der Prolong. nachzulassen. Letzteres ist gegenüber der strikten Vorschrift des § 320 fraglich, obwohl andrerseits nicht zu bezweifeln, daß die Pflicht zur Vorlage auch im § 320 fortfällt, wo sie nach §§ 297 ff. h. t. nicht besteht. Vgl. für die selbstsch. B. unt. Nr. 249. Der Gegensatz in § 320 u. § 322 zwischen Darlehn und fortwährenden und solchen Verbindlichkeiten, deren Erfüllung

ohne Genehmigung des Bürgen aufgegeben werden kann, Ges.=Rev. Pens. XIV., Mot. von 1832 S. 46—49.

Die Worte im § 331: „während der Bürgschaft" deuten auch einigermaßen darauf hin, daß im Laufe der Bürgschaft der Zustand, wie er bei Uebernahme derselben bestand, nicht zum Nachtheile des Bürgen durch Aufgeben einer anderen schon damals bestellten Sicherheit verändert werden soll. Der App.=Richter unterscheidet nun nur zwischen einer dem Gläubiger vom Hauptschuldner „vor vollzogener Bürgschaft" und „nach konstituirter Bürgschaft" bestellten anderweitigen Sicherheit und bemerkt: daß ein Fall der ersteren Art vorliege, hätten Verklagte nicht behauptet, und könnten sie durch die beigebrachte gerichtliche Urkunde, die dasselbe Datum, wie die notarielle Bürgschaftsbestellung trage, nicht beweisen.

In der App.=Beantwortung nennen die Kläger die von den Hauptschuldnern am 17. Dez. 1857 ausgestellte Kautionsurkunde eine gleichzeitig mit der notariellen Bürgschaftsurkunde ausgestellte. Dies hat der App.=Richter nicht erwähnt. Aber abgesehen davon, ob aus dieser Bezeichnung entnommen werden kann, daß beide nicht von derselben Behörde aufgenommenen Urkunden so genau gleichzeitig ausgestellt seien, daß nicht die eine vor der anderen zu Stande gekommen sei, und ob diese Bezeichnung einer mit Angabe der Beweismittel unterstützten Thatsache gleich zu achten ist, ist auch der § 331 I 14 ohne Weiteres nur auf die schon **vor** der Bürgschafts=Erklärung vom Hauptschuldner bestellte anderweitige Sicherheit anwendbar.

Der Umstand allein, daß eine Bürgschaft vor einem Notar zu gleicher Zeit, als vor Gericht eine anderweitige Sicherheit, bestellt worden ist, läßt noch nicht ent=

---

an keinen bestimmten Tag gebunden, erschöpft die möglichen Fälle nicht und ist überhaupt unklar. Aus § 323 ist nur zu ersehen, daß in § 322 an Fälle gedacht, in denen beim Ende der Bürgschaftsfrist nicht fest steht, ob und was der Gläubiger zu fordern hat. In StrA. 8 S. 373 u. StrA. 47 S. 116 ist § 320 deshalb nicht blos auf Darlehne, sondern überhaupt auf Verbindlichkeiten angewendet, welche beim Ablauf der Frist fällig, da kein erkennbarer Grund vorhanden, grade für Darlehen etwas besondres vorzuschreiben. Im ersteren Falle hatte A. für eine Waarenschuld des B. an C. Bürgschaft bis Johannis 1847 übernommen, wurde aber erst 1852 belangt, die Klage deshalb abgewiesen. Im zweiten Falle war die Bürgschaft auf 4 Monate für eine auf 4 Monate kreditirte Waarenschuld übernommen, Klage erst längere Zeit nach Ablauf der 4 Monate angestellt. Das ObTr. wendete § 320 an, indem es auf § 56 I 20 Bezug nimmt. Vgl. übrigens § 359 h. t. u. dazu Erk. c. Nr. 248. Auch wenn das Darlehn auf Kündigung steht, wird § 320 anzuwenden sein, aber genügen, wenn der Gläubiger in der Frist des § 320 die Kündigungsklage anstellt, § 318. Ueber eine Aufkündigung der Bürgsch. durch den Bürgen dem Gläubiger gegenüber bestimmt das Gesetz nichts. Vgl. § 359 für das Verhältniß des Bürgen zum Schuldner, Jedenfalls kann sie stipulirt werden, § 362. In OHG. 19 S. 110 ist für gem. R. und Bürgsch., die auf unbestimmte Zeit für allen Kredit übernommen, der dem deb. gegeben werden sollte, angenommen, daß der Bürge nicht für alle Zeit gebunden, sondern nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums kündigen könne. Für das Preuß. R. kann dies nach § 362 h. t. zweifelhaft sein, das „in der Regel" in § 362 deutet indessen darauf hin, daß die Berücksichtigung besonderer Umstände nicht ausgeschlossen, namentlich nicht die Berücksichtigung der aus den konkreten Umständen zu entnehmenden Willensmeinung der Parteien.

Durch den Tod des Bürgen wird nach §§ 334 ff. h. t. die Bürgschaft nicht aufgehoben, auch wenn sie nicht auf bestimmte Zeit übernommen, die Verpflichtung aus derselben geht auf die Erben über; ist die Bürgschaft nur auf Lebenszeit übernommen, so finden die §§ 320 ff. mit der in § 337 angegebenen Modifikation Anwendung. Die Folge ist, daß wenn die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit für unbestimmte Forderungen aus allen Geschäften übernommen, die der Schuldner mit dem Gläubiger schließen wird, die Erben des Bürgen auch für Schulden haften, die nach dem Tode des Bürgen entstanden, für die also eine Zahlungsverbindlichkeit zur Zeit des Erbfalls noch nicht bestand. Die Verpflichtung für sie beruht eben in der Bürgschaft, die so lange dauert, als sie nicht gesetzlich aufgehoben, und die gesetzlich durch den Tod des Bürgen nicht aufgehoben ist, OHG. 11 S. 4, 6, 7. Selbstverständlich haben die Erben dasselbe Recht auf Befreiung gegen den Gläubiger wie ihr Erblasser und alle andern gesetzlichen Befreiungsgründe. Ob die Erben solidarisch haften oder nach Antheilen bestimmt sich

nehmen, daß das Eine mit Rücksicht auf das Andere geschehen ist. Für das Benef. cedendarum actionum kann in der Regel nur der bei der Bürgschafts-Erklärung wirklich schon zu Recht bestehende Zustand zur Folge haben, daß von diesem nichts für den Bürgen durch Verzichtleistung Seitens des Gläubigers verloren gehen darf. Ein erst gleichzeitig mit der Bürgschaft entstehender Zustand kann nur unter besonderen Umständen eine ähnliche Folge haben, z. B. wenn die Bürgschaft nur unter der allseitigen Verabredung, daß gleichzeitig der Hauptschuldner noch eine andere näher bestimmte Sicherheit bestelle, geleistet worden ist. Besondere Umstände sind von dem Verklagten nicht behauptet worden. Nach allem Vorstehenden hat der App.-Richter die §§ 331, 338, 339 I 14 nicht verletzt.

Gründe: b. Implorant rügt einen Verstoß gegen die Vorschrift im § 316 I 14, indem unter dem gebrauchten Ausdrucke „Anhalten" nicht eine Klage des Bürgen auf Befreiung von der Bürgschaft, sondern nur eine Aufforderung des Berechtigten auf Belangung des Hauptschuldners verstanden werden könne.

Die Beschwerde ist aber zu verwerfen. Allerdings unterscheidet das ALR. in den §§ 316—327 I 14 folgende Fälle: 1. wenn sowohl die Haupt-Verpflichtung als die Bürgschaft auf einen gewissen Zeitraum eingeschränkt ist (§§ 320, 321), 2. wenn die Bürgschaft für eine fortdauernde Haupt-Verbindlichkeit sich auf einen gewissen Zeitraum beschränkt (§§ 322, 324), und 3. wenn zwar die Haupt-Verpflichtung zu einer bestimmten Zeit fällig, für die Bürgschaft aber keine Dauer festgesetzt ist (§§ 316, 317), — und es ist auch nicht zweifelhaft, daß der zuletzt gerügte Fall gerade hier zur Sprache kommt. Dessenungeachtet kann man nicht annehmen, daß die Begriffe

---

auch hier nach den §§ 131, 137 ff. I 17 und auch dafür ist es gleichgültig, ob zur Zeit der Theilung und der Pflicht, sie den Gläubigern bekannt zu machen, die Schuld und damit die Zahlungsverbindlichkeit aus der Bürgschaft bestand, S. u. v. Str. 1 S. 108.

Die §§ 385 ff. über „das Ende der Bürgschaft" enthalten nichts, was nicht aus der Natur der Bürgschaft folgte. Vgl. Nr. 246, 247; I 16 §§ 328, 329; 445—448; 471—475 u. die abweichende Vorschrift in KonkO. §§ 178 Abs. 2 letzter Satz. Dasselbe gilt von den §§ 495 ff. I 16 über den Einfluß der conf., soweit die Hauptschuld durch dieselbe beseitigt wird, §§ 497—499. Auch § 496 ist selbstverständlich. Praktisch bedeutsam und vom Röm. R. zum Theil abweichend ist dagegen § 495 I 16, vgl. Dernburg 2 § 247_3.

Wichtig ist die in § 339 bestimmte Pflicht des Gläubigers, nach erfolgter Befriedigung durch den Bürgen demselben die Forderung nebst Vorrechten zu cediren, benefic. cedend. actionum. Die Pflicht ist so wichtig, daß wenn der Gläubiger verschuldet, daß die Cession nicht zu Stande kommt, der Verlust der Rechte aus der Bürgsch. daraus folgen kann, vgl. Erk. a. Damit hängt zusammen, daß der Gläubiger dem Cessionar der Rechte aus der Bürgsch. die Hauptforderung selbst cediren muß, eine Cession ohne die andere rechtlich unmöglich, da der Cessionar der Rechte aus der Bürgsch. ohne dies die Pflicht aus § 339 nicht erfüllen kann. Will der Bürge zahlen, weigert der Gläubiger die Cession, so kann das Recht aus der Bürgschaft verloren gehen, wenn dem Bürgen dadurch sein Rückgriff an den deb. vereitelt ist, RG. 4 S. 185, 199. Für das Preuß. R. ist nach §§ 442 ff. I 11 nicht zweifelhaft, daß Gewähr für Sicherheit der Gläubiger nicht zu übernehmen hat. Von Gewährleistung ist auch für die Richtigkeit der Forderung nicht zu reden, OHG. 19 S. 383 (gem. R.), aber der Bürge, der dem Gläubiger eine nicht existente Forderung bezahlt, fordert das Gezahlte unter den Voraussetzungen der cond. indeb. zurück. Vgl. ObTr. 71 S. 232 unt. Nr. 246 u. zu I 16 §§ 178 ff.

Von selbst versteht sich die Pflicht des Gläubigers, die auf dem Grundstück des Bürgen für die Bürgsch. eingetragene Kautionshypothek zur Löschung zu bringen', sobald er befriedigt. Einen solchen Fall behandelt StrA. 48 S. 148 mit einer Komplikation, die indessen rechtliche Bedenken nicht haben konnte. Für A. war auf dem Grundstück des B. dessen Bürgschaft für eine Kaufgelderforderung des A. an C. eingetragen. B. hatte das Grundstück an D., D. an E. verkauft, D. dem E. gegenüber die persönl. Verpflichtung zur Herbeiführung der Löschung der Bürgschaftshypothek übernommen. Als D. gegen A. mit der Behauptung, daß die Schuld bezahlt und die Bürgschaft erloschen, auf Löschung klagte, wies der 2. Richter ab, weil D. nicht legitimirt, da er die Schuld nicht bezahlt, er nicht mehr Besitzer des Grundstücks. Das ObTr. hat vernichtet, weil die Legitimation des D. aus seiner persönl. Verpflichtung gegen E. folge.

„Anhalten" und „Auffordern" einerlei Bedeutung haben. Schon nach dem gewöhnlichen Wortverstande ist dies nicht der Fall. Anhalten ist mehr als Auffordern. Das Anhalten setzt einen Zwang voraus, der der Natur der Sache nach nur im Wege des Prozesses geltend gemacht werden kann. Außerdem geht noch aus andern Gründen die Unhaltbarkeit der Ansicht des Imploranten hervor. So lange der Gläubiger nicht befriedigt und die Bürgschaft erloschen ist, besteht solche. Sie kann durch den bloßen Willen des Bürgen nicht aufhören. Er hat die Bürgschaft für einen unbestimmten Zeitraum übernommen; seine alleinige Erklärung kann seine, ohne Einschränkung eingegangene Verbindlichkeit nicht in eine andere beschränkte verwandeln. Wäre der Gesetzgeber von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, so hätte er zugleich bestimmen müssen, binnen welcher Zeit nach erfolgter Aufforderung, die Klage von dem Berechtigten gegen den Hauptverpflichteten, zur Vermeidung von Nachtheilen in Bezug auf den Regreß gegen den Bürgen, angestellt werden solle. Eine solche Frist ist aber nicht bestimmt, und um so weniger kann man voraussetzen, daß dies nur übersehen sei, als in dem andern Falle, wenn die Dauer der Bürgschaft auf einen gewissen Zeitraum beschränkt ist, ausdrücklich verordnet wird, daß der Gläubiger seinen Anspruch an den Bürgen verliere, wenn er nicht spätestens am dritten Tage nach Ablauf der Zeit den Hauptschuldner belange, § 320 l. c.

Nr. 248. §§ 338—341, 342—350, 351—355, 356—362; §§ 363 ff.; §§ 373—379. Bürgschaft. Wirkung. Verhältniß zwischen Bürgen und Schuldner. Regreß. Anspruch auf Befreiung gegen den Schuldner. Verhältniß zwischen den Mitbürgen. Stellung im Konkurse.*)

a. Erk. v. 28. Jan. 1861; StrA. 40 S. 184.

b. Erk. v. 11. Oktbr. 1853; ObTr. 26 S. 283 (StrA. 10 S. 207).

c. Präj. 2272; ObTr. 20 S. 166.

d. Erk. v. 7. März 1878; StrA. 98 S. 353.

Im Falle a. standen für A. auf dem Grundstück des B. 2800 Thlr. eingetragen, welche 1852 dem B. bis auf 1500 Thlr. erlassen wurden, die in drei gleichen Raten gezahlt werden sollten. Für die ersten beiden Raten hatten C. und D. Bürgschaft übernommen, C. die erste Rate gezahlt und 1858 die Hypothek durch A. cedirt erhalten, nachdem auch die beiden andern Raten gezahlt waren. Als C. demnächst gegen den Besitznachfolger des B. die Hypothekarklage auf Höhe von 500 anstellte, wurde eingewendet, dass nachdem A. vollständig durch Erlass und Zahlung befriedigt, die Cession wirkungslos. Beide Instanzen wiesen deshalb ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. schuldete A. dem B. aus einem Schuldschein von 1838 300 Thlr. Darlehn nebst Zinsen, für welche C. die Bürgschaft übernahm. Nachdem A. von B. belangt, die Exekution zu nichts geführt und nur ein weitaussehendes Gehaltsabzugsverfahren eröffnet war, klagte B. gegen C., der auch 1843 zur Zahlung mit Zinsen verurtheilt wurde, Zahlung von 260 Thlr. und 30 Thlr. Zinsen behauptete und den A. auf Erstattung belangte. A. wendete ein, dass er selbst von 1843—1845, 1845—1851 und sonst die Schuld getilgt. Der 2. Richter wies ab, weil nach § 338 h. t., § 343 I 11 Kläger als Cessionar zu behandeln und sich, da Bekl. von der Cession nicht benachrichtigt, alle

*) Vgl. Windscheid 2 §§ 481, 479; Dernburg 2 §§ 245, 246, 122; Förster (Eccius) 2 § 144; 1 § 63. — Daraus, daß die Bürgsch. ein Vertr. zwischen Gläubiger

Zahlungen des Bekl. an den cedirenden Gläubiger gefallen lassen müsse. Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt. — Im Falle c. hatte A. im Februar 1846 für eine Darlehnsforderung des B. an C. Bürgschaft übernommen, sein Grundstück dafür verpfändet. Im Juni 1847 klagte A. gegen C. auf Befreiung von der Bürgschaft, wurde aber in 2. Instanz abgewiesen, weil § 359 h. t. auf Darlehne, die erst nach Kündigung zahlbar, unanwendbar. Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt. — Im Falle d. hatte Kläger und Beklagter den Wechsel eines Dritten als Bürgen mit unterschrieben, Kläger den Wechsel eingelöst, gegen den Beklagten als Mitbürgen Regress genommen. In 2. und 3. Instanz ist die Klage abgewiesen.

Gründe: a. Nach Röm. R. wird, wenn ein Dritter, sei es auch der Bürge, statt des Schuldners dessen Schuld dem Gläubiger zahlt, in der Regel die Obligation mit allen accessorischen Rechten getilgt. Zahlt er aber, um die Forderung zu erwerben, und ist dies in der geeigneten Weise ersichtlich gemacht, so wird die Obligation nicht getilgt, die Forderung geht nicht eo ipso auf ihn über, er kann aber von dem bisherigen Gläubiger die Cession der Klagen fordern, welche sich dann auf alle accessorischen Rechte, namentlich auf das mit der Forderung etwa verbundene accessorische Pfandrecht mit erstreckt. Abweichend hiervon wird nach den aus Suarez Bemerkung in der revisio monitorum (Ges.-Rev. Pens. XIV., Mot. S. 80, 81) hervorgegangenen Bestimmungen ALR. I 16 §§ 43—51 durch die Seitens eines Dritten geleistete Zahlung zwar der Schuldner von seinem bisherigen Gläubiger befreit, das Forderungsrecht aber wird in der Regel nicht getilgt, sondern geht von selbst auf den Zahlenden über, jedoch ohne die ihm etwa beiwohnenden besonderen Vorrechte und dafür bestellten accessorischen Sicherheitsrechte. Diese Vorrechte und accessorischen Rechte, welche nach dem Zusammenhange unter dem Ausdrucke im § 50 „seine Rechte an den Schuldner" verstanden sein müssen, und eben darum auch unter demselben Ausdrucke im § 442 I 11 mit verstanden sind, ist aber der bezahlte Gläubiger dem zahlenden Dritten auf dessen Verlangen abzutreten schuldig. Dies entspricht auch dem Grundsatze des Röm. R., daß, wenn der Dritte einmal mit dem genügend ausgedrückten Vorbehalte, die Forderung nicht tilgen, sondern erwerben zu wollen, gezahlt hat, er die Cession der Klagen mit allen Accessorien vom bezahlten Gläubiger verlangen kann, und zwar, wenn nur bei der Zahlung der Vorbehalt genügend gemacht war oder sich ergab, noch lange

---

und Bürgen ist, folgt, daß durch dieselbe allein ein Rechtsverhältniß zwischen dem Bürgen und Schuldner nicht entsteht, daß ein Moment hinzutreten muß, um Rechte und Pflichten zwischen B. und Schuldner zu begründen. Gemeinrechtlich wird dem Bürgen ein Regreß gegen den deb. denn auch nur aus dem Gesichtspunkte des Mandats oder der neg. g. gegeben, und zwar auch ohne actio cessa, und der Regreß fällt fort, wenn der Bürge in rem suam oder don. animo intervenirt hat, RG. 1 S. 344, 346. Angedeutet, wenn auch nicht klar ausgedrückt, ist dies in §§ 341, 342, 351, 356, 363 h. t. Aus § 341 folgt, daß ein direktes Rechtsverhältniß nur bei Mandat oder neg. g. entsteht, bei der Bürgschaftsübernahme gegen Verbot lediglich die §§ 249 ff. I 13 entscheiden. Die §§ 351, 356 setzen von selbst ein solches Rechtsverhältniß voraus, ohne welches von einer Pflicht zur Schadloshaltung oder Befreiung von der Bürgsch. nicht die Rede sein kann. Darauf weist auch das Erk. b. hin, indem es das Nachsuchen der Bürgsch. Seitens des Schuldners unterstellt, um zu seinem rechtlichen Ergebniß zu gelangen. Ohne solch Rechtsverhältniß hat der Bürge mit dem Schuldner bis zur Befriedigung des Gläubigers überhaupt nichts zu thun und die Befriedigung wirkt gegen den Schuldner nur als solche. Es ist deshalb nicht richtig, wenn in ObTr. 45 S. 132, 133 (StrA. 41 S. 274) gesagt wird, daß der B. durch die übernommene Bürgsch., auf welche Weise sie auch herbeigeführt sein möge, sofort in ein bestimmtes Rechtsverhältniß zum Schuldner trete, weil sonst von dem ihm in den §§ 356, 357, 358, 361 h. t. eingeräumten Rechte nicht die Rede sein könne. Von Bedeutung ist die Frage, ob durch die Bürgschaftsübernahme ein unmittelbares Rechtsverhältniß zum Schuldner begründet, namentlich auch für die Stellung des Bürgen im Konkurse, Kompensation u. a. Ueber den Anspruch des B. auf Befreiung von der Bürgsch. gegenüber dem Schuldner vor und nach

nach der Zahlung verlangen kann. Daß nach Preuß. R. in den Fällen, wo die Regel des § 46 I 16, daß der zahlende Dritte das Forderungsrecht erwirbt, eintritt, noch lange nach der Zahlung die Cession der accessorischen Rechte vom bezahlten Gläubiger erzwungen werden kann, ergiebt der § 443 I 11 ALR.

Es ist auch kein hinreichender Grund dafür, daß die accessorischen Rechte erloschen sein sollten, aufzufinden. Daß nach Röm. R. der zahlende Dritte, wenn er nicht bei der Zahlung jura cessa erlangt oder irgend vorbehalten hat, — wenn er sine ullo pacto gezahlt hat, — später auch das accessorische Pfand- oder Bürgschaftsrecht nicht mehr durch Cession erlangen kann, beruhet ja allein darauf, daß das Forderungsrecht selbst und damit auch das accessorische Recht erloschen ist. Dieser Grund fällt nach Preuß. R. fort, weil das Forderungsrecht fortbesteht. Obwohl daher auch das ALR. I 20 § 55 den Grundsatz festhält, daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Anspruch, für welchen es bestellt ist, getilgt oder erloschen ist, so kann doch dieser Grund für die Erlöschung des Pfandrechtes da nicht eintreten, wo objektiv das Forderungsrecht nicht getilgt, sondern nur subjektiv auf einen Andern übergegangen ist.

Aehnlich wie im Röm. R. die L. 36 D. 46, 1. de fideijuss. den dort angegebenen Fall konstruirt, muß die Regel des ALR. I 16 §§ 46—50 konstruirt werden: daß der bezahlte Gläubiger die auf den Dritten, welcher ihn bezahlt hat, noch nicht mit dem Forderungsrechte selbst übergegangenen Vorrechte und accessorischen Rechte noch insoweit und zu dem Behufe hat, daß er sie diesem Dritten abtreten kann und auf dessen Verlangen abtreten muß. Sie kommen hierdurch mit dem Forderungsrechte wieder in ihre natürliche Verbindung und können in dieser wieder wirksam ausgeübt werden.

Es versteht sich von selbst, daß Fälle vorkommen nicht blos, wo aus den vom zahlenden Dritten bei der Zahlung abgegebenen Willenserklärungen, sondern auch wo aus den zwischen ihm und dem Hauptschuldner, einem Pfandschuldner, Bürgen oder einem Andern, obwaltenden Rechtsverhältnissen, auf deren Grund er zahlt, entnommen werden darf, bald, daß die Regel des § 45 I 16 selbst wegfalle, daß also die ganze Obligation getilgt sei, und damit auch die besonderen Vorrechte oder Accessorien; bald, daß zwar die Forderung fortbestehe und auf den zahlenden Dritten übergegangen sei, daß aber gewisse Vorrechte oder Accessorien erloschen seien, oder doch erlöschen sollen. Das Eine oder das Andere wird namentlich, wenn ein Bürge oder Pfandschuldner zahlt, nach der recht-

---

Fälligkeit der Hauptschuld bestimmen die §§ 356 u. 362, auf die sich Erk. c. bezieht, das dem praktischen Bedürfniß entspricht, nach welchem der Ausdruck „fortwährende Verbindlichkeit" in § 359 aber eine andere Bedeutung hat, als in § 322. In StrA. 98 S. 150 hatte A. sich für eine Darlehnsschuld des B. verbürgt, über deren Fälligkeit nichts bestimmt, nach Ablauf von mehr als 1 Jahr dem B. die Bürgschaft gekündigt und demnächst vor Ablauf eines weitern Jahres auf Befreiung geklagt. Das ObTr. hat die Klage abgewiesen, weil von der Kündigung ab noch kein Jahr verflossen, was § 360 voraussetze. In ObTr. 45 S. 132 (StrA. 41 S. 274) ist die Frage behandelt, ob der Bürge vom deb. auch nach Beendigung des Konkurses auf Grund § 357 Befreiung oder Sicherstellung fordern könne, und dies verneint, namentlich wenn die Beendigung durch Akkord erfolgt, aber auch wenn Vertheilung stattgefunden hat, nur nicht, wenn der Konkurs mit Einwilligung des Gläubigers wieder aufgehoben ist. Die Begründung fußt darauf, daß nach § 86 Preuß. KonkO. der Bürge im Konkurse weder zu liquidiren noch Sicherstellung zu fordern befugt, nach Aufhebung des Konk. durch Akkord aber nach dem Zwecke desselben nur akkordmäßige Befriedigung, d. h. weder der Art noch dem Betrage nach etwas anders, und deshalb nur die akkordmäßige Summe nach Befriedigung des Gläubigers fordern könne, während bei Beendigung des Konk. durch Vertheilung nur das neu erworbene Vermögen einem Angriff alter Gläubiger ausgesetzt sei, § 357 h. t. daher nur anwendbar, wenn der frühere Gemeinschuldner mit diesem neuen Vermögen in Verfall gerathen. Letzteres trifft jetzt nicht mehr zu, §§ 1, 11, 152 RKonkO., und es liegt kein Grund vor, für den Fall der Beendigung durch Vertheilung den § 357 auszuschließen. Für den Fall der Beendigung durch Akkord kommt zwar in Betracht, daß § 86 der Preuß. KonkO. beseitigt, der Bürge grundsätzlich seine bedingte Forderung im Konkurse geltend zu machen berechtigt ist,

lichen Stellung mehrerer Bürgen oder Pfandschuldner zu einander oder auch zum Hauptschuldner in gewissen Fällen vorkommen.

Abgesehen von solchen besonderen Verhältnissen, liegt kein Grund dafür vor, daß ein zahlender Bürge vom Gesetz sollte nachtheiliger gestellt sein, als ein aus freiem Antriebe zahlender Dritter, Es darf mithin darin, daß in der Regel jeder zahlende Dritte nach den §§ 46—50 I 16 und den §§ 442, 443 I 11 von dem bezahlten Gläubiger die Abtretung der besonderen Vorrechte und accessorischen Rechte fordern kann, ein entscheidender Grund dafür gefunden werden, daß eben dies Recht auch dem zahlenden Bürgen im § 339 I 14 in der Regel hat gegeben werden sollen. Es war aber, sowie auch das Röm. R. dem zahlenden Bürgen in L. 17, 36 D. 46, 1. de fideijuss., L. 2, 11, 14 C. 8, 40 (41) de fideij. mehr zur Hülfe kommt, als einem sonst zahlenden Dritten, natürlich, daß auch das ALR. den zahlenden Bürgen in der Regel günstiger stellte, als einen andern Dritten. Dies ist im § 338 I 14 dadurch geschehen, daß der zahlende Bürge durch die Zahlung auch ohne Cession nicht blos in das Forderungsrecht ohne Vorrechte und Accessorien tritt, sondern in „alle Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner". Die Worte: „gegen den Hauptschuldner" dürfen so wenig, wie nach dem Obigen die in dem § 50 I 16 und § 442 I 11 gebrauchten Worte: „seine Rechte an den Schuldner", dahin geltend gemacht werden, daß die accessorischen Pfandrechte hätten ausgeschlossen werden sollen. Es kann auch nach dem Zusammenhange der §§ 338, 339 I 14 nicht angenommen werden, daß der § 339 von der Cession mehrerer Rechte, als derjenigen, welche nach § 338 auch ohne Cession übergehen, rede; und es liegt daher auch hierin nach dem soeben über den § 339 Gesagten ein entscheidender Grund dafür, daß, sofern nicht die oben angedeuteten besonderen Gründe entgegenstehen, nach § 338 auf den zahlenden Bürgen auf Höhe dessen, was er zahlt, durch die Zahlung selbst auch ohne Cession die accessorischen Pfandrechte, mindestens diejenigen, welche der Forderung, als er sich dafür verbürgte, schon anklebten, mit übergehen.

Gründe: b. Das Eigenthümliche der Sachlage besteht darin, daß, nachdem Hauptschuldner und Bürge beide rechtskräftig verurtheilt waren, gegen beide gleichzeitig weiter vorgegangen wurde; jener unterlag einem Gehalts-Abzugsverfahren, dieser leistete successive Theilzahlungen. Durch die letzteren soll über den Betrag der Schuld hinaus gegangen sein und der Verklagte hält sich nicht nur nicht für schuldig, das vom Kläger zuviel Gezahlte zu erstatten, sondern verlangt vorweg zur Begründung

---

§§ 60, 142 RKonkO., aber entscheidend ist auch jetzt für diesen Fall, daß durch den Akkord alle Ansprüche an die Masse betroffen werden, auch die bedingte Regreßforderung des Bürgen, obwohl seine Pflicht gegen den Gläubiger nach § 178 KonkO. unberührt bleibt, daß der Bürge deshalb weder etwas fordern kann, was der Akkord ihm nicht bewilligt, noch mehr als akkordmäßige Befriedigung, wie er sie zu fordern hätte, wenn er den Gläubiger vor oder im Konkurse befriedigt hätte. Mit dem Akkorde fällt daher die Anwendbarkeit der §§ 356 ff. allerdings fort.

Daraus, daß der Bürge im Konkurse des deb. jetzt seine eventuelle Regreßforderung geltend machen kann, folgt nicht, daß er es zum Nachtheil des Gläubigers thun kann, und das ist der Fall, wenn der Gläubiger seine Forderung anmeldet und gleichzeitig der Bürge den Regreßanspruch wegen derselben Forderung, weil, wenn der Bürge auch nur einen Theil der Masse zur Sicherheit erhielte, der Gläubiger gegen die Zwecke der Bürgschaft vom Schuldner in Folge der Bürgsch. weniger erhielte, als er ohne die Bürgschaft erhalten haben würde. Das muß auch für den Fall gelten, wo der Bürge als Mandatar oder neg. gestor gehandelt hat, RG. 9 S. 75 (8 S. 291 französ. R.), und auch da, wo es sich um Theilbürgschaft handelt. In OHG. 21 S. 210 hatte A. für B Bürgsch. gegen C. für alle Ansprüche aus ihren laufenden Geschäften, in Höhe von 2000 übernommen. Als B. in Konkurs verfiel, betrug die Forderung des C. 6000, die Dividende 33 Proc. Nachdem A. die verbürgten 2000 an C. gezahlt, meldete er sie ex jure subintr. im Konkurse an und forderte an Stelle des C. die Dividende davon. Dies ist abgelehnt, weil die von A. an C. gezahlten 2000 mit der Dividende von den 6000 noch lange nicht die volle Befriedigung des C. ergaben. Das OHG. führt aus, daß aus der rechtl. Natur der Bürgsch. wie der s. g. nothw. Cession folge, daß

des Anspruchs den Nachweis, daß die vom Kläger bewirkten Zahlungen eine Tilgung seiner Schuldverbindlichkeit seien. Deshalb soll der Eid, wie er dem Verklagten über die einfache Thatsache der Zahlung zugeschoben worden, unerheblich sein.

Es ist ein unklarer und verfehlter Angriff, wenn auf die §§ 342 ff. I 14 und die daraus hervorgehende Pflicht des Bürgen, sobald er verklagt wird, den Hauptschuldner zu dem Prozesse gerichtlich mit vorladen zu lassen, Bezug genommen worden. Eine Litisdenunziation in dem Prozesse des Gläubigers wider den Kläger hatte keinen Zweck. Denn, abgesehen davon, daß der jetzige Kläger nicht zuerst von dem Gläubiger in Anspruch genommen ist, wie der § 342 a. a. O. voraussetzt, ist die Richtigkeit der Forderung des Gläubigers damals ganz unstreitig gewesen, wie sie es noch jetzt ist. Es handelt sich nicht um den Verlust von Einwendungen gegen die Schuld, welche der Kläger durch ein unrichtiges Verhalten in dem Vorprozesse des Gläubigers wider ihn sich zugezogen haben könnte, sondern um Rechtsverhältnisse, die durch spätere Ereignisse bedingt worden.

Anerkannt muß hiernächst zwar werden, daß von einer Anwendung der §§ 338 ff. a. a. O., von dem Eintritte des Bürgen in die Rechte des abgefundenen Gläubigers, nur die Rede sein kann, wenn der Bürge den Hauptschuldner wirklich von einer Verbindlichkeit befreit hat. Handelte es sich ausschließlich um diesen Gesichtspunkt, so würde mit Recht vom Kläger haben verlangt werden können, daß er nachweise, durch seine an den Gläubiger geleisteten Zahlungen sei eine Verpflichtung des Verklagten getilgt. Das würde dann wesentlich zur Substantiirung des Anspruchs gehören. Allein jener Rechtsgrund, die erfolgte Befreiung des Hauptschuldners, ist nicht der allein für einen Regreß der vorliegenden Art denkbare. Der Schuldner, welcher eine Bürgschaft nachsucht und annimmt, tritt zu dem Bürgen in ein Mandatsverhältniß, er beauftragt und ermächtigt den Bürgen, für ihn eintretenden Falls, der Eintritt des Falles ist hier judikatmäßig festgestellt, Zahlung zu leisten. Deshalb wird denn auch gemeinrechtlich der Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner als mit der actio mandati verfolgbar bezeichnet. Göschen III, 520. Glück XIII, 179. Daß eine bloße negotiorum gestio vorliege, welche auf die Vorschriften §§ 241, 249 ff. I 13 hinführte und den Anspruch des Klägers allerdings von einem beschafften Vortheile des Verklagten abhängig machte, ist nicht behauptet und nicht festgestellt. Unter diesen Umständen enthält die Argumentation des App.-Richters, wonach derselbe die Grundsätze von nothwendigen Cessionen § 413 I 11 anwendet, danach den Kläger

---

der Bürge seine Zahlung nicht benutzen dürfe, um dem Gläubiger einen Theil der Forderung zu entziehen, daß das benef. ced. act. wie das jus subintr. auf dem Prinzip der Billigkeit beruhe, welches verlangt, daß der Gläubiger dazu behülflich, daß der Bürge seinen Ersatz vom deb. erhält, aber nur soweit dies ohne Gefährdung seines eignen Interesses möglich. Das würde nur anders sich gestalten, wenn der Bürge sich für bestimmten Kredit verbürgt oder mand. qual. auf bestimmte Höhe ertheilt hat, der Betrag überschritten ist und deshalb für den Bürgen nicht als kreditirt gilt. Wohl kann aber der Bürge mit dem an den Gläubiger Gezahlten gegen eine Schuld an den Gemeinschuldner kompensiren, StrA. 35 S. 300. Vgl. § 47 Abs. 3 RKonkO.

Eine andre Frage ist, ob, wenn der Gläubiger im Konkurse des deb. in Folge Akkordes nur theilweise befriedigt wird, der Bürge ihm nach § 178 KonkO., mit dem § 198 Abs. 2 Preuß. KonkO. übereinstimmte, den Ausfall zahlen muß, der Bürge den Regreß gegen den deb. wegen des Ausfalls ganz oder auf Höhe der Akkordrate, oder gar nicht nehmen darf. Das ObTr. hatte in dem erwähnten Erk., ObTr. 45 S. 132 (StrA. 41 S. 274) in den Gründen nebenbei den Satz ausgesprochen, daß der Bürge bei Beendigung des Konk. durch Akkord auch nach Befriedigung des Gläubigers immer nur die akkordmäßige Summe erstattet verlangen könne, worin nach dem Zusammenhange der Gründe lag, daß er mehr als die akkordmäßige Summe, die der Gläubiger vom deb. zu beanspruchen, vom deb. nicht fordern dürfe. In StrA. 43 S. 149 war in einem Falle, wo A. aus Gefälligkeit für B. Wechsel, die von diesem ausgestellt, acceptirt hatte, beide in Konkurs verfallen, in beiden die Wechsel liquidirt und die Akkordraten erhoben waren, angenommen, daß A. die akkordmäßige Befriedigung wegen der von ihm gezahlten Akkordraten fordern dürfe. Hier, wie in StrA. 37 S. 192 wurde Gewicht

für verpflichtet erachtet, die einzelnen geleisteten Zahlungen dem Hauptschuldner anzuzeigen, und auf diese Weise die ganze Angelegenheit in Ordnung zu halten, also die Abwickelung eines Schuldverhältnisses des Hauptschuldners vollständig in die Hand zu nehmen, eine einseitige Auffassung und rechtsgrundsätzliche Verletzung, welche die Nichtigkeit begründet.

Der Kläger war rechtskräftig verurtheilt, aus der Bürgschaft Zahlung zu leisten. So viel ist dem Verklagten ohne Zweifel bekannt gewesen. Die dem Kläger geschehenen Zahlungen beruheten auf einer Verpflichtung desselben, die ohne Weiteres vom Gläubiger im Wege der Exekution erzwingbar war. Es kann daher auch nicht in Frage kommen, daß der Kläger sich dazu nach § 342 a. a. O. die Einwilligung des Verklagten zuvor hätte verschaffen müssen. Hat ihm der Gläubiger Nachsicht durch Gestattung von Terminalzahlungen gewährt, so ist das für den Verklagten bedeutungslos und eine Zufälligkeit, die ihm keine Veranlassung geben kann, dem Kläger zuzumuthen, zu versuchen, ob derselbe im Wege der condictio indebiti das wegen der inzwischen auch von dem Verklagten oder anderweit für Letzteren geleisteten Terminalzahlungen vom Gläubiger zu viel Bezogene wieder zu erhalten vermag.

Muß sonach der Verklagte die vom Kläger, nach erfolgter Verurtheilung des Letzteren, für ihn geleisteten Zahlungen zur Begründung des Regresses gelten lassen, so greift die thatsächliche Feststellung, wie sie durch ausdrückliche Ablehnung der Eidesleistung nach der festgesetzten Eidesnorm über den Gesammtbetrag der vom Kläger geleisteten Zahlungen begründet ist, zur Rechtfertigung der Klage durch.

Auf eine Ermittelung der Zahlungen, welche anderweit, als vom Kläger, geschehen und wodurch die Schuld schon früher getilgt sein soll, als Kläger seine Abzahlungen eingestellt hat, kommt daher nichts weiter an.

Was der App.-Richter über die Quittung v. 30. April 1851 sagt, entscheidet übrigens nicht. Der App.-Richter giebt den Aussagen der Erben des Gläubigers die Deutung: sie hätten dem Kläger über die ganze Forderung quittirt; es sei dabei nur die geschehene Abstoßung der Schuld selbst, ohne genaue Beachtung der Einzelnheiten des Herganges ins Auge gefaßt; später hätten sie erfahren, daß die Zahlung nicht allein von dem Kläger geschehen sei.

Diese an sich offenbar sachgemäße Interpretation verstößt auch gegen keinen Rechtsgrundsatz. Der Kläger macht selbst die Quittung nicht zur Grundlage seiner Klage, sondern produzirt sie nur beiläufig und behauptet das, was darin steht, im vollen Umfange selber nicht. Die Quittung lautet, als rühre die ganze Befriedigung des Gläubigers vom Kläger her. Kläger giebt aber in der Klage selbst Zahlungen

---

darauf gelegt, ob die Regreßforderung auf besondrem Fundamente (Mandat, neg. g.) beruhe und in diesem Falle der Regreß aus dieser besondern causa zugelassen, obwohl der Gläubiger der Forderung selbst seine akkordmäßige Befriedigung gefunden hatte. Das OHG. hat in 9 S. 43; 14 S. 314; 18 S. 70; 21 S. 93; 24 S. 140 dagegen angenommen, daß mit der akkordmäßigen Zahlung an den Gläubiger jeder Anspruch des Mitverpflichteten auf Erstattung des von ihm Gezahlten beseitigt, auch wenn die Erstattungspflicht aus besondrem Rechtsgrunde hergeleitet. (Vgl. OHG. 9 S. 329 anders.) So hatte in OHG. 9 S. 43 A. für ein Darlehn des B. an C. von 2400 Bürgsch. übernommen, C. im Konkurse nur 25 Proz. akkordirt und an B. diese 25 Proz. gezahlt. Nachdem A. an B. die übrigen 75 Proz. hatte zahlen müssen, verlangte er Erstattung von C., wurde aber abgewiesen, weil, wenn er, wie ihm freistand, den B. im Konkurse voll befriedigt, nur 25 Proz. erhalten haben, C. nur 25 Proz. gezahlt haben würde, die Forderung durch die Zahlung dieser 25 Proz. auch an B. objektiv getilgt, B. auch wegen der übrigen 75 Proz. befreit, der Regreß dadurch ausgeschlossen sei.

Die Motive der neuen KonkO. scheinen von der entgegengesetzten Auffassung auszugehn; einen Ausdruck hat dies in der KonkO. aber nicht gefunden. In RG. 7 S. 80 ist indessen angenommen, daß die frühere Auffassung durch Nichtaufnahme einer betreffenden Bestimmung aufgegeben sei, und für den Fall, daß die Regreßforderung auf einem besondern Rechtsverhältniß zum Mitschuldner beruht, dem Mitschuldner die Akkordrate von der Rückgriffsforderung zugesprochen, auch wenn der Gläubiger im Konkurse des andern Mitschuldners von diesem die Akkorddividende bereits erhalten hatte. Mit RG. 9 S. 75 ist dies nicht zu vereinen und durch einen PlBeschl. der vereinigten Civilsenate v. 15. Februar 1886 jetzt auch das Gegentheil angenommen.

an, die aus Gehalts-Abzügen des Verklagten geflossen seien, und deferirt über eine bestimmte seinerseits gezahlte Summe den Eid. Diese Summe beträgt auch offenbar ein Erhebliches weniger als die ganze Schuld des Verklagten mit allen Zinsen seit der Entstehung.

Gründe: c. Wenn der App.-Richter den Kläger dem Antrage des Verklagten gemäß mit seiner Klage zurückweist, weil nach §§ 318, 319 I 14 der Kläger, als Bürge für eine Darlehnsschuld, welche eine fortwährende Verbindlichkeit nicht begründe, nur unter den hier nicht vorhandenen Voraussetzungen der §§ 357, 358 a. a. O. dem Hauptschuldner die Bürgschaft aufkündigen dürfe, so muß in dieser Entscheidung eine Verletzung der angeführten Gesetze und der §§ 359 ff. ebendas. erkannt werden.

Das ALR. faßt das Rechtsverhältniß des Bürgen unter einem doppelten Gesichtspunkte auf. Erstens in Beziehung auf den Gläubiger, und zweitens in Beziehung auf den Hauptschuldner. In erster Beziehung enthalten die §§ 316 ff. die gesetzlichen Bestimmungen, welche rücksichtlich der Frage zur Anwendung kommen, wann der Bürge dem Gläubiger gegenüber von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Von dieser Rechtsbeziehung ist im vorliegenden Falle keine Rede. Hier ist es der Hauptschuldner, wider welchen der Bürge „Befreiung von Bürgschaft" beantragt. Die hierfür geltenden Vorschriften werden in §§ 356 ff. a. a. O. festgestellt. Hier sind abermals die Fälle unterschieden, unter denen ein solcher Anspruch hervortreten kann. Einmal wird nämlich im § 356 bestimmt, daß der Bürge nach Ablauf der Zahlungszeit stets wider den Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft klagen kann. Allein auch vor Ablauf der Zahlungszeit wird nach §§ 357, 358 der Bürge hierzu berechtigt erklärt bei Prodigalität des Hauptschuldners, bei Vermögensverfall desselben und bei dem Beginnen desselben, sich der inländischen Rechtsverfolgung zu entziehen. Es leuchtet von selbst ein, daß durch diese Vorschriften das praktische Gebiet der Frage nicht erschöpft wurde. Denn es erübrigte noch die Mehrzahl der Fälle, in welchen, wie bei Darlehen, für eine Forderung Bürgschaft geleistet wird, ohne daß ein bestimmter Zahlungstermin stipulirt worden, für welche also die Zahlungsfälligkeit erst noch des Hinzutretens anderer Momente bedurfte, ohne welche die Verbindlichkeit bestehen bleibt. Diese Fälle umfaßt die Vorschrift des § 359 a. a. O. also lautend: „Wer für fortwährende Verbindlichkeiten, ohne Zeitbestimmung und ohne Vergeltung Bürgschaft geleistet hat, kann dieselbe nach Ablauf eines Jahres aufkündigen, — und des § 360: Der Haupt-

---

Begründet wird der Regreßanspruch des Bürgen gegen den Schuldner durch das Bürgschaftsverhältniß, erleichtert durch das auch dem Nachbürgen und Rückbürgen zustehende jus subintr. und das benef. ced. act. in §§ 338, 339 h. t., insofern, wenn der Gläubiger Judikat gegen den deb. erstritten hat, der Bürge mit der Cession des befriedigten Gläubigers das Judikat gegen den Bürgen zur Vollstreckung bringen kann, § 665 CPO. Auch ohne solche Cession stellt das Judikat gegen den Schuldner zugleich fest, was der Schuldner dem Bürgen zu erstatten hat, wenn dieser den Gläubiger befriedigt. Hat der Bürge auf Judikat gegen ihn selbst bezahlt oder ohne Judikat, und hat er in ersterm Falle den Schuldner nicht beiladen lassen, in letzterm nicht die Einwilligung in die Zahlung nachgesucht, so kann dies Unterlassen allein natürlich nicht den Verlust des Regresses herbeiführen, wohl aber in Verbindung mit andern Umständen, aus denen folgt, daß die bezahlte Schuld nicht oder nicht in dem berichtigten Umfange bestand. In Frage kann dabei namentlich frühere Zahlung durch den deb. selbst kommen. Einen solchen Fall behandelt Erk. b. Demselben ist beizustimmen, da es nach der konkreten Sachlage mit Recht annimmt, daß der zahlende Schuldner die Verpflichtung zur Benachrichtigung an den Bürgen gehabt. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das Erk. ein Mandatsverhältniß zwischen Bürgen und deb. unterstellt, eine andre Beurtheilung also nicht ausschließt, wenn weder solches, noch neg. g., von der der dominus nichts weiß, oder Bürgschaft ohne jedes Rechtsverhältniß zwischen B. und deb. vorliegt. Zu beachten ist auch, daß die vorangegangene Verurtheilung des deb. und die dem deb. als bekannt vorausgesetzte Verurtheilung des B. die Anwendung der §§ 342, 344 beseitigten. Jedenfalls hat in solchem Falle der deb. die cond. indeb. gegen den Gläubiger, mindestens mit Cession des Bürgen. Vgl. OHG. 19 S. 241 über einen ähnlichen Fall nach Sächs. bürg. R. (§§ 1472, 1473.)

Der begründete Regreß geht nach §§ 340, 351 ff. h. t. auf das an den Gläubiger Ge-

verpflichtete muß alsdann 2c. den Bürgen vor Ablauf des zweiten Jahres von der Bürgschaft befreien.

Der App.=Richter stützt seine den Kläger abweisende Entscheidung darauf, daß er die Verbindlichkeit aus einem Darlehne, für welches die Fälligkeit der Rückzahlung erst durch eine vorhergegangene Aufkündigung begründet wird, nicht unter den Begriff subsumirt, welchen der § 359 a. a. O. mit den Worten „fortwährende Verbindlichkeiten" bezeichnet. Diese Auffassung ist nach dem Sinne und Zusammenhange der angeführten Gesetzesstellen unrichtig. Verbindlichkeiten von unbedingter Fortdauer giebt es nicht; selbst die Amtspflicht, welcher der § 322 a. a. O. beispielsweise als eine fortwährende erwähnt, ist nicht selten von kürzerer Dauer, als die durch Darlehn begründete Verbindlichkeit, und selbst in diesem § werden die fortwährenden denjenigen Verbindlichkeiten gleich gestellt, deren Erfüllung sonst an keinen gewissen Tag gebunden ist. Nach dem inneren Zusammenhange der betreffenden Gesetzstellen sind den im § 359 a. a. O. erwähnten „fortwährenden Verbindlichkeiten" diejenigen gleich zu stellen, deren Erfüllung nicht an eine gewisse Zeitbestimmung gebunden (§ 322 a. a. O.), oder alle diejenigen, welche erst nach vorhergegangener Aufkündigung zahlbar, oder sonst an keinem gewissen und bestimmten Termine fällig sind (§ 318 a. a. O.). Eine Beschränkung des § 359 auf den vom App.=Richter konstruirten Begriff, welche sich überdies nur auf eine blos beispielsweise Erwähnung der Amtspflicht im § 322 stützt, würde eine auffallende Lücke in der Gesetzgebung, und gerade in Ansehung derjenigen Fälle darbieten, welche ihrer Mehrzahl wegen vorzugsweise der gesetzlichen Regelung bedürfen. Die Stellung, welche der § 359 gegen die vorhergehenden §§ 356—358 einnimmt, dient obiger Ausführung zur Bestätigung. Denn die letztgenannten §§ bedingen die Pflicht des Schuldners, den Bürgen von der Bürgschaft zu befreien, in den Fällen, in welchen die Forderungen zu einer bestimmten Zeit fällig sind. Die nothwendigen Korrelate dieser Kategorie von Forderungen bilden diejenigen Verbindlichkeiten, welche so lange fortdauern, bis sie durch ein zukünftiges, sowohl der Zeit als der Existenz nach ungewisses Ereigniß aufgehoben werden. Diese Korrelate umfaßt, in nothwendiger Ergänzung des Rechtssystems, der § 359, indem er die Bestimmungen für die fortwährenden Verbindlichkeiten enthält, worunter, wie schon gezeigt, eine absolute Fortdauer nicht verstanden werden kann. Daher stimmt auch obige Auslegung mit demjenigen Sinne überein, welcher nach der Natur dieser Verbindlichkeiten den Worten des Gesetzes beizulegen ist. Der App.=Richter legt ein entscheidendes Gewicht auf die Bestimmung des § 318 a. a. O.,

---

zahlte, nebst den Kosten und den Zinsen des Gezahlten, auch wenn sich in dem Gezahlten Zinsen befinden. Die Zinsen des § 354 sind Zinsen ex lege, wie in § 72 I 13, § 225 I 17, StrA. 36 S. 251. Vgl. § 370 h. t. Dies setzt aber nothwendig voraus, daß ein Rechtsverhältniß zwischen B. und deb. schon vor der Zahlung bestand, welches die Zahlung als Zahlung für den deb. und als Ausführung eines Auftrags oder als neg. g. erscheinen läßt. Darauf beruht auch § 340 h. t., in welchem ausdrückliche und freiwillige Cession vorausgesetzt ist. Vgl. §§ 62 ff., I 13, l. 10 § 13, l. 12 D. 17, 1, RG. 9 S. 296, 299. Ohne solches Rechtsverhältniß kann der Zahler nur ex jure subintr. ohne oder mit Cession und dann nur auf den Betrag der Forderung klagen, wie sie in den Händen des Gläubigers, bezw. seines Cessionars besteht. Von Bedeutung ist dieser Unterschied namentlich für die Verjährung. Die Regreßklage des Bürgen verjährt erst mit der Zahlung durch den Bürgen, später eingetretene Verjährung kann der deb. nicht vorschützen, vorher eingetretene allerdings, weil der Bürge dann nicht bestehende Schuld getilgt hat. StrA. 12 S. 208, wo A. sich als Selbstschuldner für eine Darlehnsschuld des B. an C. 1784 verbürgt, 1806 bezahlt hatte und die Erben des A. 1834 gegen die Erben des B. Regreß nahmen. Der Einwand der Verj. ist hier verworfen. Wo der Bürge nur mit der cedirten Klage klagt, bleibt der Einwand der Verj. dagegen zweifellos bestehn, da die cedirte Klage die aus der Hauptschuld.

Daß der Bürge durch die Befriedigung des Gläubigers ohne Weitres in die gesammten Rechte des Gläubigers tritt, auch die Vorrechte, Pfandrechte der Forderung erwirbt, ohne der Cession zu bedürfen, darüber vgl. Erk. a. und das damit übereinstimmende RG. 3 S. 34, 35 in ausführlicher Darlegung.

Bei dem Vorhandensein mehrerer Mitbürgen giebt das Preuß. R. abweichend vom gem. R. zwar nicht die exc. divisionis, aber als Ersatz den Regreß nach § 374 h. t., §§ 443 ff.

um die Grundlosigkeit des Klageantrages aufzuzeigen. Der Widerspruch, der aus diesem § gegen obige Ausführung entwickelt wird, ist indessen nur ein scheinbarer. Nach ihm soll die Verbindlichkeit des Bürgen so lange dauern, als das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Es ist schon oben gezeigt worden, daß dieser § zu denjenigen Bestimmungen gehört, welche sich auf die Verbindlichkeit des Bürgen gegen den Gläubiger beziehen. Diese Vorschrift wird durch vorstehende Ausführung gar nicht berührt (§ 362 a. a. O.). Hier handelt es sich darum, ob dem Bürgen gegen den Hauptschuldner das Recht zustehe, von demselben unter den Bedingungen der §§ 359, 360 zu verlangen, daß er ihn von der Bürgschaft befreie, d. h. den Gläubiger befriedige oder ihn vermöge, das Bürgschaftsverhältniß zu lösen. Da endlich auch ein rechtlicher Grund nicht vorliegt, welcher der Auslegung des App.-Richters das Wort redet, da vielmehr die legislativen Gründe, welche dafür sprechen, dem Bürgen für eine aus der Amtspflicht entstehende Verbindlichkeit, dem Hauptverpflichteten gegenüber, das Recht der Kündigung zu gewähren, mit mindestens gleicher Stärke auch auf alle übrigen Verbindlichkeiten Anwendung finden, deren Fortdauer von unbestimmten, von der Einwirkung des Bürgen unabhängigen Ereignissen abhängt, so erscheint die Vernichtung des App.-Erkenntnisses wegen Verletzung der angezogenen gesetzlichen Bestimmungen gerechtfertigt.

In der Sache selbst wird durch die Vernichtung die Bestätigung des ersten Urtels bedingt. Denn die Requisite zur Anwendung des § 359 a. a. O. sind hiernach sämmtlich vorhanden. Der Kläger, resp. sein Vater, von dem die Bürgschaftsverpflichtung mit dem Grundstücke auf ihn übergegangen, hat ohne Zeitbestimmung und ohne Vergeltung für den Verklagten Bürgschaft geleistet. Seit Uebernahme der Bürgschaft bis zur Anstellung der Klage waren bereits fast drei Jahre abgelaufen, und der Klage sind andere Einwendungen nicht entgegengesetzt.

Gründe: d. Der App.-Richter stellt fest, daß die Parteien den Wechsel als Bürgen unterschrieben haben, daß aber der Kläger nicht behauptet und nicht nachgewiesen hat, daß dieser Wechsel-Bürgschafts-Unterschrift der vertragliche Wille der Gemeinsamkeit zum Grunde liege. Bei diesem Mangel des vertraglichen Elementes verneint der App.-Richter die Existenz einer civilrechtlichen Regreß-Obligation unter den getrennt von einander stehenden Bürgschaftsgebern. Diese Rechtsauffassung entspricht den Grundsätzen der Vertragstheorie und verletzt nicht, sondern befolgt die Vorschrift der §§ 373, 374 I 14, welche das Verhältniß mehrerer Bürgen zu einander

---

I 5, unter der für jeden Regreß selbstverständlichen Voraussetzung, daß eine korreale Verpflichtung, eine gemeinschaftliche Pflicht besteht, die Hauptforderung zu berichtigen, eine Pflicht, zur Berichtigung derselben mitzuwirken. Dem Gläubiger gegenüber hat jeder der mehreren Bürgen die Pflicht zur Berichtigung des Ganzen und die Berichtigung des Ganzen tilgt die Pflicht des andern. Ob aus der Tilgung durch Einen eine Pflicht zum Ersatz für den Andern folgt, kann sich nur aus dem Rechtsverhältniß unter ihnen ergeben, wie bei jeder Korrealverpflichtung. Vgl. Nr. 124, Bd. 1 S. 563; § 443 I 5. Die §§ 374, 378 h. t. drücken dies dadurch aus, daß sie die gemeinschaftlich und die von jedem der mehreren Bürgen besonders übernommene Verpflichtung gegenüberstellen. Die Bedeutung des Unterschieds legt das Erk. d. dar. Gemeinschaftliche Bürgschaft setzt den gemeinschaftlichen Verpflichtungswillen voraus, der zu erweisen, wenn er nicht aus dem Thatbestande von selbst zu entnehmen ist. Letztres ist nur konkret zu finden. Das Kriterium der gemeinsch. Verpflichtung, der gemeinschaftliche Verpflichtungswille, wird regelmäßig vorliegen, wenn die Verpflichtung in derselben Urkunde, gleichzeitig, nach vorangegangener Abrede übernommen; in solchem Falle wird schon die Fassung der Urkunde keinen Zweifel lassen. So lag z. B. OHG. 2 S. 349, 353 unt. Nr. 124, Bd. 1 S. 564. Aber nothwendig ist die Gleichzeitigkeit, die gleichzeitige Unterschrift, die Unterschrift derselben Urkunde keineswegs, wenn nur ohnedies erhellt, daß der Eine mit Rücksicht auf die Mitverpflichtung des Andern eingetreten ist. So lag OHG. 3 S. 184 unt. Nr. 124, Bd. 1 S. 564, wo die Bürgschaft in der Form des Indossaments übernommen war, in OHG. 1 S. 102 u. in OHG. 18 S. 171. In letztrem Falle hatte A. aus einer Sparkasse Darlehn entnommen, B. und C. als Bürgen den eignen Wechsel des A. per aval mitunterschrieben, C. den Wechsel in Folge Judikats gezahlt und den B. auf Ersatz der Hälfte in Anspruch genommen. Der 2. Richter wies ab, lediglich weil die Bürgschaft nicht gleichzeitig

abhängig machen von dem Rechtsgeschäfte, welches die vereinigte Bürgschafts-Unterschrift veranlaßt hat. Dieses Prinzip der vertraglichen Gemeinschaft ist deutlich erkennbar gemacht durch die Worte des § 373 und durch die Bezugnahme auf die §§ 424 ff. I 5 im § 374 I 14, welche eben den gemeinsamen Willen, sich einem Dritten verpflichten zu wollen, für das Prinzip der Korrealität voraussetzen. Wo dieser Wille fehlt, da tritt auch eine Korrealität bezüglich der Bürgen nicht ein, denn der § 375 I 14 bestimmt: „Wer nur für einen Theil der Schuld, oder überhaupt nur für seinen Antheil sich als Bürge verpflichtet hat, der darf seinen Mitbürgen in keiner Weise vertreten." Der angerufene § 378 a. a. O. ist nur eine Konsequenz dieses Prinzipes. Getrennt und gesondert, also nicht mit gegenseitigem Verpflichtungswillen, ertheilte Bürgschaften mehrerer Personen begründen auch getrennte und gesonderte Bürgschafts-Obligationen, somit, wie der § 379 a. a. O. ausdrücklich bestimmt, keine gemeinsame Verbindlichkeit und daher auch keine gegenseitige Vertretung unter den mehreren Bürgen. Dieses Rechtsprinzip erleidet auch durch die als verletzt bezeichneten §§ 443 bis 445 I 5 ALR. keine Aenderung, da diese Gesetzesbestimmungen den Regreß der correi debendi unter einander eben von einer besonderen Regreß-Obligation, mag diese durch Vertrag oder durch einen anderen Rechtsvorgang begründet worden sein, abhängig machen. Allein in der getrennten und gesonderten Bürgschaftsübernahme mehrerer Personen liegt nach der deutlichen Vorschrift des § 379 I 14 kein eine gemeinsame Vertretungspflicht begründender Rechtsakt.

Bei dieser Theorie des Rechtes kann dem App.-Richter auch nicht der Vorwurf der Verletzung der Grundsätze von der Vertheilung der Beweislast gemacht werden; denn dem Kläger lag die Pflicht ob, die für die Existenz des beanspruchten Regresses erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen nachzuweisen.

übernommen war. Die Sache lag aber so, daß nach dem Statut der Sparkasse das Darlehn ohne den Eintritt von 2 Bürgen nicht gegeben worden wäre, und daß dies allen Betheiligten bekannt war; daraus folgte, daß C. mit dem Wissen, daß B. als Bürge verpflichtet, die Bürgschaft übernommen hatte und mit Rücksicht darauf. Dies genügte für die Annahme gemeinschaftlicher Verpflichtung. Das OHG. hat deshalb vernichtet und verurtheilt. Wie das Rechtsverhältniß zwischen den Bürgen entscheidend und von dem Verhältniß zum Gläubiger zu trennen, zeigt OHG. 4 S. 325 in einem gemeinr. Falle, der aber nach Preuß. R. ganz ebenso zu entscheiden. A. hatte für seinen Gläubiger B. einen eignen Wechsel ausgestellt, den C. und D. als Bürgen mitunterschrieben, mit der Abrede, daß D. an letzter Stelle nach C. haften solle. Nachdem C. gezahlt, klagte er mit Cession des B. gegen D. auf Ersatz der Hälfte. Das OHG. hat abgewiesen, weil C. und D. zwar dem Gläubiger gegenüber als Bürgen verhaftet, D. nach der Abrede aber dem C. gegenüber nur als Nachbürge galt. In solchem Falle hat der Nachbürge zwar einen Anspruch gegen den Hauptbürgen, wenn er zahlt, aber nicht der Hauptbürge gegen den Nachbürgen; nur der Nachbürge hat Regreßrecht, nicht der Hauptbürge, der mit der Zahlung nur seine Pflicht erfüllt, den Nachbürgen befreit, deshalb auch mit der cedirten Klage kein Recht geltend machen kann, das er nicht hat. L. 27 § 4 D. 46, 1. Vgl. unter Nr. 124, Bd. 1 S. 563, §§ 492, 494 I 16. Dasselbe würde gelten, wenn der Rückbürge mit der cedirten Klage an den Bürgen sich halten wollte, gegen den er keinen Regreß hat.

Daß, wo korreale Verpflichtung besteht, die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Berichtigung der Hauptschuld sich auf jeden Theil derselben bezieht, zur Begründung des Regresses deshalb genügt, wenn auch nur ein Theil der Hauptschuld bezahlt ist, darauf ist bereits unt. Nr. 124, Bd. 1 S. 563, 564 hingewiesen. Vgl. OHG. 24 S. 99 daselbst.

Nr. 249. §§ 270, 297, 307—309, 342—350, 393. Die selbstschuldnerische Bürgschaft.*)

a. Präj. 2308 v. 8. Juli 1851; ObTr. 21 S. 196.
b. Präj. 2091 v. 13. Novbr. 1848; ObTr. 18 S. 225.
c. Erk. v. 24. Juni 1873; ObTr. 70 S. 152 (StrA. 89 S. 106).

Im Falle a hatte der Beklagte dem Kläger einen Revers ausgestellt, in welchem er erklärte, dass S. dem Kläger eine Summe von 133 Thlr. an Kapital, Zinsen und Kosten schulde, und dass er diese Summe für S. übernehme und sich verpflichte, dieselbe an den Kläger bis zum 1. Oktober zu zahlen. Der 1. Richter wies ab, weil keine gültige Expromission vorliege, in 2. und 3. Instanz ist aus selbstschuldnerischer Bürgschaft verurtheilt. — Im Falle b. schuldete A. dem B. 3000 Thlr. aus einem schriftlichen Vergleiche, für die er dem B. Faustpfand bestellte und für die seine Ehefrau, falls sie bis zum bestimmten Tage nicht bezahlt, die Bürgschaft als Mit- und Selbstschuldnerin (nach gehöriger Verwarnung) übernahm. Als sie belangt wurde, wendete sie ein, dass erst das Pfand in Anspruch genommen werden müsse. In 2. und 3. Instanz ist dies verworfen. — Im Falle c. hatte sich A. der Spaarkasse gegenüber als Bürge und Selbstschuldner für ein von derselben dem B. auf 3 monatliche Kündigung gegebenes Darlehn verpflichtet, welches zugleich auf ein Grundstück des B. eingetragen wurde und bei der Subhastation desselben zum Theil ausfiel. Als der Ausfall eingeklagt wurde, wendete er ein, dass das Darlehn dem B. nicht gekündigt sei. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen dies verworfen.

Gründe: a. Der zweite Richter sieht davon ab, ob die schriftliche Erklärung des Erblassers der Verklagten als eine Expromission im Sinne des § 399 ff. I 14 ALR. anzusehen sei, d. h. also, ob darin eine fremde Schuld statt des ersten Schuldners, so daß alle Verbindung des Letzteren mit seinem Gläubiger wegfällt, übernommen worden.

Das Wesentliche dieser Expromission besteht darin, daß sie an die Stelle der alten Verbindlichkeit eine neue setzt, also einen Akt der Aufhebung durch Novation in der Person bildet (vergl. § 461 I 16), daher denn auch die ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers, dessen Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner wegfallen soll, erfordert wird (§ 400 I 14).

Im vorliegenden Falle ist nun theils streitig, ob die Erklärung des Gläubigers, welche die Urkunde nicht enthält, auf rechtsgültige Art nachgeholt werden könne und nachgeholt sei; theils aber auch, ob der Inhalt der von dem Erblasser der Verklagten in der fraglichen Urkunde abgegebenen Erklärung eine Expromission im gesetzlichen Sinne d. h. also die Uebernahme der Schuld mit Befreiung des ursprünglichen Schuldners darstellt. Auch eine solche Uebernahme fällt unter den allgemeinen Begriff der Intercession: sie hat viel Gemeinsames mit einer unter Anerkenntniß geschehenen, selbstschuldnerischen Bürgschaft für die Forderung; sie wird mit Letzterer im Resultate, so viel es den Verpflichteten interessirt, nicht selten übereinkommen; sie unterscheidet sich jedoch von derselben wesentlich dadurch, daß bei dem Wegfall der ursprünglichen Verbindlichkeit die neu übernommene nicht als ein Accessorium der Letzteren betrachtet werden kann.

Der App.-Richter, indem er von der Frage der Expromission absieht und, unangefochten, in dem Dokumente eine Bürgschaft findet, soll nach der Behauptung der Imploranten dadurch gegen den § 297 I 14 verstoßen haben, daß er diese Bürgschaft

---

*) Vgl. Windscheid 2 § 478$_7$; Dernburg u. Förster (Eccius) a. a. O. — Selbstschuldnerischer Bürge ist nach §§ 270, 297 h. t., wer dem Einwande der Vorausklage entsagt (was Art. 281 Abs. 2 HGB., § 179 KonkO. annehmen, wenn nicht das Gegentheil

für eine selbstschuldnerische erklärt, ungeachtet die gedachte Gesetzstelle voraussetze, daß sich der Bürge ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet habe, und mithin die Uebernahme der Schuld und die Erklärung, für den Schuldner zu einer bestimmten Zeit zahlen zu wollen, nicht genügen könne. Dieser Angriff erscheint nicht begründet.

In dem § 283 I 14 hat das ALR. das durch die Nov. 4 Cap. 1 eingeführte benef. excussionis zur Regel gemacht. Auch die Ausnahmen, welche der § 297 feststellt, sind den gemeinrechtlichen Praktikern entnommen; daher wird die richtige Auffassung derselben durch ein Zurückgehen auf das gem. R. wesentlich gefördert werden. Nach dem älteren Rechte lag es in dem Begriffe der Bürgschaft, der Fidejussio, daß der Gläubiger elektiv sowohl den Hauptschuldner als den Bürgen angreifen konnte, wenn nicht das Gegentheil stipulirt worden. Justinians Verordnung Nov. 4 Cap. 1 erhob das, was im Wege des Vertrages ausnahmsweise eintreten konnte, durch das benef. exc. zur Regel, ohne darum an sich den Rechtsbegriff der fidejussio zu ändern. Dem älteren deutschen R. war eine solche Rücksichtsnahme für den Bürgen unbekannt (vgl. Kraitmeyer Anmerkung. Thl. 4 Kap. 10 § XI 1). Das Bedürfniß des Geldverkehrs, namentlich in den Städten, bei nicht eingerichtetem Hypothekenwesen, mußte die schärfere unmittelbare Haftbarkeit des Bürgen den Kontrahenten sehr häufig wünschenswerth machen und dahin führen, daß der Sinn und die Absicht ihrer Stipulationen nicht mit dem milderen Novellenrecht in Einklang standen. Diese Rücksicht blieb nicht ohne Einfluß auf die Praxis. Außer den speziellen gesetzlichen Ausnahmen vom benef. exc. ließ sie allgemein die Renunciation zu. Nur darüber war sie zwiespältig, ob eine ausdrückliche Verzichtleistung auf das namentlich benannte Benefizium erforderlich sei, oder ob eine allgemeine Renunciation (etwa auf juris et legum auxilia, vergl. Gail obj. II 127 No. 21) genüge.

Lauterbach, Collegium L. 46, 1 M. 39, Kraitmeyer a. a. O. No. 2, Mevius, decisiones IX. dec. 186, Pufendorff, observationes T. 2 obs. 43 m. III.

Bei der Zulassung der Renunciation ging man von dem Grundsatze aus: Quilibet favori suo libere potest renunciare (Kraitmeyer).

Diejenigen, welche sich mit einer weniger ausdrücklichen Renunciation begnügten, wandten dies Prinzip, welches an sich schon die Aufrechthaltung desjenigen, was unter den Kontrahenten festgestellt worden, in sich schließt, auf eine dem praktischen Bedürfnisse entsprechende Art an; sie sahen auf die Absicht der Parteien. Satis apparet, quid actum sit, sagt Pufendorff a. a. O. und Mevius a. a. O.

Ne verba illusoria sint, et creditores praesertim simplices, et bona fide pecuniam mutuo dantes eamque sperantes, ideo minus decipiantur, tribuenda est vis renunciationi, potiusque mens quam verba sequenda sunt.

---

stipulirt), oder sich ausdrücklich als Selbstschuldner verbürgt hat. Das „ausdrücklich" ist hier wie in § 202 zu nehmen, d. h. als deutlich erklärt, wenn auch nicht mit den ausdrücklichen Worten „als Selbstschuldner". Es muß nur ersichtlich sein, daß der Bürge haften will, ehe u. ohne daß der Schuldner zuvor in Anspruch genommen. Dies weist das Erk. a. eingehend nach. Ebenso OHG. 6 S. 377, 9 S. 180. Deshalb lag selbstsch. Bürgsch. vor in StrA. 8 S. 97, Erk. b. Nr. 250, deshalb genügen Ausdrücke wie: Verbürgen unter solid. Haftung, die Verbürgung mit der Verpflichtung zu zahlen, wenn der Schuldner am bestimmten Tage nicht zahlt, ObTr. 18 S. 225, die Erklärung, die Schuld als eigne anzusehn und am bestimmten Tage zu zahlen, ObTr. 5 S. 336.

Das Wesentliche ist der Fortfall der Vorausklage; unwesentlich ist die Bestimmung in § 270 h. t., durch die nicht ausgeschlossen wird, daß der selbstsch. Bürge seine Verbindlichkeit auf ein minus ausdrücklich einschränkt, ObTr. 16 S. 182, Präj. 1967. Daneben bleibt die selbstsch. Bürgsch. aber Bürgschaft, d. h. accessorische Verbindlichkeit, Verbindlichkeit aus der Bürgschaftserklärung für fremde Schuld, nicht aus der ursprünglichen Schuld, Erklärung, an erster Stelle zu haften, wenn der Gläubiger eine Forderung hat oder erwirbt. Dadurch unterscheidet sich die selbstsch. Bürgsch. von der expr. wie von der Verpflichtung des correus, Erk. b. RG. 8 S. 261, 266; OHG. 20 S. 77 (gem. R. unt. Nr. 123, Bd. 1 S. 557), wenn auch in ObTr. 5 S. 336, 345 gesagt wird, daß § 393 h. t. darauf beruhe,

Es lag nun nahe, in Befolgung dieser Grundsätze eine stillschweigende Renunciation auch dann anzunehmen, wenn die Worte des Bürgschafts-Kontrakts das Gegentheil des benef. exc. ausdrückten, ohne daß irgend eine Entsagung beigefügt war. Eine solche Stipulation lag in der altüblichen Klausel „verbürgt sich als Selbstschuldner, Selbstschuldiger“. Vom theoretischen Standpunkte freilich aufgefaßt, drückte diese Klausel, oder jede Umschreibung derselben, nur aus, was in dem Rechtsbegriffe „Bürgschaft“ schon von selbst enthalten war, und es ließ sich nicht rechtfertigen, in einer solchen bloßen Erläuterung des Rechtsbegriffes eine Entsagung finden zu wollen, welche nicht vorhanden war, wenn der Rechtsbegriff ohne diese Erläuterung in der Urkunde vorkam. Expressisse enim videtur, quod iam tacite in omni fidejussione latitat, non vero renunciasse huic beneficio, cum renunciatio expresse fieri debeat et in dubio non praesumitur. (J. H. Böhmer, introductio in jus digestorum 46 1 No. 17.)

Angesehene Rechtslehrer sprechen sich für diese streng legale Ansicht aus. Vergl. Stryk, usus modernus Lib. 46 Tit. 1 No. 2, Hommel, Rhapsodia Vol. II obs. 288, Pütter, Auserlesene Rechtsfälle 5 dec. 80.

Auch eine kursächsische Verordnung (Constit. 18 P. II) bestätigte dieselbe. Und die Magdeburger Polizei-Ordnung unterscheidet genau, ob bei einem, „der sich als Selbstschuldner verschrieben“, Expromission vorhanden, die alte Obligation aufgehoben und er an deren Statt novandi animo zum debitore angenommen, resp. ob der Bürge ausdrücklich verschrieben hat, daß man schlechterdings auf ihn und nicht auf den Hauptschuldner sehen solle, oder ob jemand ohne dies sich als selbstschuldigen Bürgen verschrieben, da dann nur in den beiden ersten, nicht in dem letzten Falle das benef. exc. cessiren soll (loc. cit. cap. 53 § 3, 4, 5). Obwohl hiernach auf die Praxis getheilt war, so hat doch die weniger legale, aber den Intentionen der Kontrahenten mehr entsprechende Ansicht sich mehr Bahn gebrochen. Sie hatte schon im sechszehnten Jahrhundert die Reichskammergerichtliche Praxis für sich. Vgl. Gail, observationes Lib. II observ. 28 No. 6.

Uebereinstimmend damit sagt Mevius a. a. O. Not. 10: die Formel: sich als einen selbstschuldigen Bürgen zu verpflichten — ad excludendum excussionis beneficium usurpari solet. Struben, Rechtliche Bedenken, Thl. 1 Bedenken 40 spricht sich ebenfalls für diese Ansicht aus (vergl. die dortigen Allegate). Und der Codex Maximilianeus hat sie auch adoptirt (vergl. Kraitmeyer a. a. O. M. 3). Indem nun das ALR. dieser billigen Meinung sich anschloß, § 297, konnte es nicht die Absicht sein, durch das Wort „ausdrücklich“ gerade den Gebrauch des Wortes Selbstschuldner zu erfordern. Nichts würde dem entwickelten Charakter der vom ALR. gebilligten Rechtsansicht ferner liegen, als ein solches, dem gem. R. überhaupt fremdes Haften an bestimmten Formular-Ausdrücken. Der Geist jener Meinung ist

---

daß der selbstsch. B. und der Schuldner correi, was im Sinn § 424 I 5 nicht richtig ist, wenn auch wohl Bürge und Schuldner als Streitgenosse im Sinn der §§ 56, 57 (§ 36 Nr. 3) CPO. angesehn werden könne, RG. 8 S. 366 (gem. R.). Wo ein Dritter als correus in einen nicht von ihm geschlossenen Vertrag eintritt, was auch nach ALR. nicht ausgeschlossen, liegt selbstsch. Bürgsch. nicht vor; jenes ist nur denkbar, wenn mit dem Eintritt ein Anerkenntniß der fremden Schuld als eigner verbunden, was die selbstsch. Bürgschaftserklärung nicht enthält. Sie ist Bürgsch. wenn auch strengerer Art, so daß mit ObTr. 15 S. 167 unt. Nr. 246 anzunehmen, daß bei Militärpersonen der Consens zu einfacher Bürgschaft nicht die Uebernahme selbstsch. Bürgsch. deckt.

Aus der unveränderten accessorischen Natur der selbstsch. Bürgsch. folgt, daß sie wie die einfache von der Existenz der fremden Schuld abhängig ist, der Gläubiger diese regelmäßig beweisen muß, der Bürge alle auf Entstehung, Veränderung und Fortfall der Schuld bezüglichen Einreden hat, wie der einfache Bürge §§ 251, 252 h. t. Dies giebt das Erk. c. zu und darauf beruht StrA. 34 S. 312, wo A. seiner Ehefrau eine jährliche Pension zu zahlen sich verpflichtet, B. die selbstsch. Bürgsch. übernommen hatte, auf die Klage des Cessionars der Ehefrau aber mit Erfolg einwendete, daß in Wahrheit keine klagbare Forderung bestehe, weil zwischen den Eheleuten verabredet, daß die Pension nur als jederzeit widerrufliche, unklagbare Freigebigkeit ausgesetzt werde. Daraus würde konsequent folgen, daß der selbstsch. B. ebenso wie der einfache nicht blos nur schuldet, was der deb. schuldet, sondern erst schuldet, wenn

überhaupt das „pacta sunt servanda", die Rücksicht auf die Absicht der Kontrahenten, auf die bona fides. Nulius certior, sagt Mevius noch in der Schluß-Anmerkung a. a. O. verborum interpres in contractibus est, quam bona fides, quam etiam sine et praeter dictum praestare quisque debet. Weil der Ausdruck „Selbstschuldner" die Bedeutung hatte, daß der so verpflichtete Bürge die Pflicht übernahm, zu haften, auch bevor der Hauptschuldner in Anspruch genommen worden, darum hielt man diese Intention der Kontrahenten auch ohne ausgesprochene Entsagung des beneficii aufrecht. Um wie viel mehr also mußte sie aufrecht erhalten werden, wenn sie nicht blos in der gedachten, zum Kunstwort gewordenen Bezeichnung, sondern durch Ausdrücke, welche dem angenommenen Sinne dieses Kunstwortes entsprachen, kund gegeben war, wo die gebrauchten Worte keinen Zweifel darüber ließen, daß die Absicht der Kontrahenten gerade dahin ging, eine prinzipale Haftbarkeit der Bürgen festzustellen. Nach der Theorie des ALR. ist dies um so klarer, da der Grund, welchen die streng gesetzlichen Rechtslehrer für sich anführten, dort eigentlich gar nicht zutrifft. Denn daß der Bürge nur subsidiarisch, debitore principali excusso haftet, erscheint im System des ALR. nicht als ein nachträglich gegen den ursprünglichen Begriff des Geschäfts ertheiltes Benefizium, sondern als ein naturale des erstern selbst. Der Bürge haftet für den Hauptschuldner, soweit dieser seiner Verbindlichkeit gegen den Berechtigten kein Genüge leistet (§ 257 a. a. O.), und der Gläubiger muß durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner nachweisen, daß Letzteres nicht geschehen ist, ehe er sich an den Bürgen halten kann (§ 289 das.). Wird von dieser gesetzlich geltenden, aber doch der vertragsrechtlichen Abänderung der Kontrahenten unterliegenden Regel das Gegentheil vereinbart, so ist nicht abzusehen, warum eine solche Vereinbarung keine Gültigkeit haben sollte, mag sie ausgedrückt sein, wie sie will. Insbesondere wird es bei dem häufig obwaltenden Zweifel, ob etwas Expromission oder nur Bürgschaft sei (vgl. § 401 I 14) sehr oft vorkommen, daß die prinzipale Haftbarkeit des Intercedenten unzweideutig vorliegt, sehr selten aber wird der Ausdruck: „verbürgt sich als Selbstschuldner", sich finden, da ja, wenn das Wort „bürgen" gebraucht worden, jener Zweifel gar nicht Platz greifen könnte.

Ob nun die hier gebrauchten Ausdrücke: „übernehme ich der &c. für den S. die Summe &c. und verpflichte mich, diesen Betrag dem Eigenthümer R. zu J. bis zum 1. Oktober d. J. zu berichtigen", eine prinzipale Haftbarkeit des Erblassers des Verklagten in sich schließen, ist Sache der Auslegung und es kann keinen Falls als dem § 297 widersprechend betrachtet werden, wenn der zweite Richter diesen Sinn damit verbindet.

Gründe: b. Die Bürgschaft ist rechtsgültig. Die Verklagte hat dieselbe gerichtlich, unter Zuziehung eines Rechtsbeistandes übernommen.

---

dieser schuldet, daß die Fälligkeit gegen den selbstsch. Bürgen daher durch Kündigung gegen den deb. herbeigeführt werden muß. Erk. c. und ebenso RG. 2 S. 187 nehmen das Gegentheil an. In letzterem wird deduzirt, daß, wenn der Gläubiger den Bürgen direkt in Anspruch zu nehmen berechtigt, der Bürge an der Kündigung gegen den Schuldner kein Interesse habe. Ob dies mit der accessor. Natur der Bürgsch. vereinbar, steht dahin. Vgl. dagegen Förster (Eccius) Bd. 2 § 141₃₁.

Aus der accessor. Natur folgt, daß mit der Verjährung der Forderung gegen den Schuldner die Verpflichtung auch des selbstsch. Bürgen regelmäßig fortfällt, und ebenso besteht, so lange die Verjährung nicht vollendet, § 394. An sich steht der selbstsch. B. der Verj. gegenüber nicht anders als der einfache, §§ 391, 392 h. t. Aus § 393 h. t. folgt nichts weiter, als daß die Verj. gegen den selbstsch. Bürgen anders als gegen den Schuldner laufen kann, d. h. daß der Gläubiger sie gegen den selbstsch. Bürgen selbständig unterbrechen und durch Abrede z. B. über die Fälligkeit der Forderung gegenüber dem selbstsch. Bürgen ihr Anfangspunkt verändert werden kann, und daß, wenn so die Verj. gegen den Bürgen anders regulirt, die Verj. gegen den Schuldner allein nicht schadet. So RG. 4 S. 236; Erk. ObTr. v. 1. März 1853 in Gruchot Bd. 17 S. 325; Dernburg 2 § 246₆; Förster (Eccius) 2 § 144₈₉.

Aus der accessor. Natur der selbstsch. Bürgsch. folgert OHG. 20 S. 47 für gem. R., daß auch der selbstsch. Bürge einreden kann, daß ohne Negligenz des Gläubigers die Schuld

Es liegen alle Erfordernisse einer von einer Ehefrau für ihren Ehemann als Selbstschuldnerin geleisteten Bürgschaft vor. In der Erklärung „als Selbstschuldnerin haften zu wollen" ist der Rechtswohlthat, die Vorausklage des Hauptschuldners verlangen zu dürfen, entsagt worden. Die eigenen Worte der Bürgin: „sie wolle, wenn ihr Mann die 2000 Thlr. bis zum 1. Juli 1747 nicht bezahlt haben, oder an diesem Tage nicht bezahlen werde, alsdann diese Summe an den G. berichtigen", drücken eben dasselbe klar aus.

Das Verlangen der Verklagten, daß der Kläger zunächst seine Befriedigung aus dem Unterpfande suchen müsse, ist ebenso wenig für gerechtfertigt zu achten. Der Ehemann der Verklagten hat das Pfand bestellt. Derselbe ist der Hauptschuldner. Wäre die Verklagte nur eine gewöhnliche Bürgin, die sich auf das beneficium ordinis oder excussionis berufen könnte, dann würde sie Recht haben. In einem solchen Fall kann der Gläubiger an den Bürgen sich nicht eher halten, als bis er durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner erwiesen hat, daß dieser seine Verbindlichkeit zu erfüllen ganz oder zum Theil nicht im Stande sei. Ist für die Schuld ein Unterpfand gegeben worden, so muß der Gläubiger erst den gerichtlichen Verkauf des Pfandes abwarten, bevor er den Bürgen angreifen kann. Klage und Exekution gegen den Hauptschuldner und Pfandbesteller sind gesetzlich zur Bewirkung des Verkaufs des Pfandes erforderlich. Die Verweisung des Gläubigers zunächst an das letztere durch den Bürgen hängt mit dem Rechte des letzteren, die Vorausklage des Hauptschuldners fordern zu dürfen, zusammen, ALR. I 14 §§ 283—293; 20 §§ 25, 28, 197, 198.

Hat der Bürge bei Uebernahme der Verpflichtung als Selbstschuldner der letztgedachten Rechtswohlthat entsagt, so ist mit derselben das Recht des Bürgen, den Gläubiger zunächst an das von dem Hauptschuldner bestellte Unterpfand zu verweisen, das nur mittelst dieser Vorausklage zum Gegenstande der Befriedigung gemacht werden kann, erloschen, ALR. I 14 §§ 297, 307. Zu unterscheiden von der, aus dem beneficio ordinis für den gewöhnlichen Bürgen entspringenden Befugniß, den Gläubiger zunächst an das Vermögen des Hauptschuldners, und an ein für die Schuld bestelltes Unterpfand zu verweisen, ist das Recht des Bürgen überhaupt, der dem Gläubiger Zahlung leistet, sich dann selbst an ein solches Pfand halten zu dürfen. Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Cession bedarf. Der Gläubiger ist auch, auf Verlangen des Bürgen, zur Ertheilung einer solchen ausdrücklichen Cession verpflichtet, §§ 338, 339. Dieses Recht kommt jedem Bürgen, auch demjenigen, der sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, zu. Es entspringt aus der rechtlichen Natur einer jeden Bürgschaft, als einer, der Hauptverpflichtung nur hinzutretenden, einer accessorischen Verbindlichkeit,

---

nicht entstanden wäre. Daraus ist auch die Anwendung des § 258 h. t. zu folgern, d. h. insofern, als die selbstsch. Erklärung als Bürgschaftserklärung in Bezug auf das plus nicht gelten kann. Ob sie aus anderen Gesichtspunkten rechtlich bestehen kann, ist nur konkret zu entscheiden. Ueberhaupt aber finden auf den selbstsch. Bürgen alle den einf. Bürgen betreffenden Vorschriften Anwendung, welche nicht im Widerspruch mit den wesentlichen Begriffselementen der selbstsch. Bürgsch., dem Fortfall der exc. ord. oder exc., stehn. Im RG. 8 S. 261, 266 wird deshalb angenommen, daß anwendbar §§ 329, 330—333, 338, 339, 356, unanwendbar § 320 h. t. Ebenso entscheiden für die Anwendbarkeit der von der exc. ord. und exc. ganz unabhängigen §§ 338, 339 (benefic. ced. act.) das Erk. b. in den Gründen, ObTr. 5 S. 336, 342, StrA. 48 S. 186, und aus dem benef. ced. act., was durch den selbstsch. Bürgen nicht vereitelt werden darf, folgern Erk. b. ebenso wie ObTr. 5 S. 336, 342 und StrA. 48 S. 186 die Anwendbarkeit der §§ 321, 332 h. t. Dagegen folgt daraus, daß der selbstsch. Bürge den Gläubiger nicht an den Schuldner verweisen kann, ohne Weiteres die Unanwendbarkeit der §§ 283—293, der Fortfall des Rechts des Bürgen, den Gläubiger an das Pfand zu verweisen, wie das Erk. b. ebenso wie RG. 4 S. 192 für das gem. R., l. 62 D. 46, 1, annimmt, ferner die Unanwendbarkeit der §§ 316 u. 320. Für den § 316 ist dies im ObTr. 24 S. 63 (StrA. 6 S. 291), Präj. 2398 dargelegt; kann der Bürge nicht verlangen, daß der Gläubiger den Schuldner vor ihm belange, so fällt auch der Grund des § 316, der dies Recht wirksam machen und sichern soll, fort. (Vgl. Holzschuher Bd. 2

in der auch ein solcher Bürge steht, der nur das beneficium ordinis aufgegeben hat, sonst aber nicht in eine, von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners völlig unabhängige, für sich allein bestehende Verpflichtung gegen den Gläubiger getreten ist. Darin unterscheidet sich die Bürgschaft von der Verpflichtung mehrerer Personen gemeinschaftlich durch Korreal-Verträge, und von der Expromission, bei der ein neuer Schuldner in die Stelle des alten Schuldners tritt, dieser dagegen entlassen wird, ALR. I 5 § 424; 14 § 399.

Aus der accessorischen Natur der Bürgschaft folgt für den Gläubiger eine Beschränkung in der Befugniß, die Hauptverbindlichkeit einseitig zu Nachtheil des Bürgen zu ändern, und dessen Verpflichtung zu erschweren. Insbesondere darf der Gläubiger während der Bürgschaft der ihm noch außer selbiger vom Hauptschuldner bestellten Sicherheit, ohne Genehmigung des Bürgen, bei Verlust seines Rechts an den letzteren, sich nicht begeben, I 14 §§ 331—333. Ein Fall der Art liegt aber hier nicht vor. Das Recht des Bürgen, vom Gläubiger die Abtretung aller Rechte desselben gegen den Hauptschuldner zu verlangen, das beneficium cedendarum actionum, wird aber erst nach bewirkter Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen wirksam. Dieses Recht hat mit dem beneficio ordinis nichts gemein.

Gründe: c. Der App.-Richter stellt nicht in Abrede, daß die Insinuation der Klage des vorliegenden Prozesses, dem verklagten Bürgen gegenüber, für eine Kündigung des eingeklagten Theiles der der Klägerin zustehenden Darlehnsforderung zu erachten sei; er hält aber die vom ersten Richter erkannte Abweisung der Klägerin in der angebrachten Art gleichwohl für gerechtfertigt, weil auch bei selbstschuldnerischen Bürgschaften der Gläubiger, um den Bürgen in Anspruch nehmen zu können, eine auf Kündigung stehende Forderung dem Schuldner selbst gekündigt haben müsse.

Mit Recht rügt die Klägerin, dieser Ausführung gegenüber, Verletzung des § 297 I 14 ALR., nach welchem der Gläubiger, mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners, sich sofort an den Bürgen halten kann, wenn sich dieser ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet hat.

Der App.-Richter sucht die Ausschließung dieses § dadurch zu rechtfertigen, daß auch eine selbstschuldnerische Bürgschaft den Charakter einer accessorischen Verbindlichkeit behalte. Aus dieser ihrer accessorischen Natur folgt aber nur, daß der Gläubiger seine Klage auch gegen den selbstschuldnerischen Bürgen nicht auf dessen Verbürgung allein gründen darf, zur Substantiirung seines Anspruches gegen denselben vielmehr so, wie hier die Klägerin gethan hat, die ihr gegen den Hauptschuldner zustehende,

---

Abschn. II S. 867.) Für den § 320 nehmen dasselbe mit RG. 8 S. 261 an ObTr. 63 S. 147 u. StrA. 70 S. 20. Die Pflicht, den Schuldner in der im § 320 bestimmten Frist zu belangen, steht in der That in direktem Widerspruch mit dem Recht des Gläubigers, den Bürgen mit Umgehung des Schuldners zu belangen.

Zweifelhaft ist die in RG. 8 S. 261, 266 behandelte Frage, ob § 328 h. t. anwendbar. In StrA. 48 S. 186 ist dem selbstsch. Bürgen die Einrede, daß der Gläubiger die Beitreibung der Akkordrate gegen den Schuldner nicht sofort nach eingetretener Fälligkeit vorgenommen, versagt, dabei aber unzulässig darauf Bezug genommen, daß der Bürge nach § 316 h. t. den Gläubiger zur Einklagung habe anhalten können und deshalb sich nach § 317 h. t. darauf nicht berufen könne, daß der Gläubiger Nachsicht gewährt habe, während §§ 316, 317 auf den selbstsch. B. überhaupt unanwendbar. Vgl. oben und StrA. 3 S. 311, 314. In RG. 8 S. 261 ist anerkannt, daß § 328 nicht absolut anwendbar, aber ausgeführt, daß, da die §§ 328—333 auf dem Prinzip beruhen, daß der Gläubiger nicht dolo oder culpa dem Bürgen die Möglichkeit abschneiden darf, seinen Ersatz vom Schuldner zu verlangen, auch der selbstsch. Bürge befreit, wenn der Gläubiger wußte oder wissen mußte, daß sein Verfahren dem Bürgen jene Möglichkeit nehme. Aehnlich nimmt auch OHG. 9 S. 184, 189 an, daß dem selbstsch. Bürgen zwar nicht ohne Weiteres der Einwand zustehe, der Gläubiger habe die Nichterfüllung durch den Schuldner durch seine Negligenz verschuldet, wohl aber, daß der Gläubiger die vertragsmäßig übernommene Sorgfalt nicht angewendet, was konkret darin gefunden wurde,

den Gegenstand der Verbürgung bildende Forderung in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung darlegen muß. Die hier zu entscheidende Frage, ob es genügt, daß die eingeklagte Forderung dem Bürgen gekündigt ist, oder ob der Gläubiger zur Begründung seiner Forderung gegen diesen nachweisen muß, dem Hauptschuldner selbst gekündigt zu haben, steht aber mit der accessorischen Natur der Bürgschaft in keiner Verbindung, da sie auf die rechtliche Existenz der gegen den Bürgen eingeklagten Forderung keinen Bezug hat, es sich vielmehr nur darum handelt, ob der Gläubiger das Verlangen, nach Verlauf der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigungsfrist Befriedigung zu erlangen, gegen den Hauptschuldner oder gegen den Bürgen aussprechen muß.

In Bezug hierauf steht der obgedachte § 297 der Klägerin zur Seite, da derselbe, unter Beseitigung des Prinzipes der Subsidiarität der Bürgschaftsverpflichtung (§ 283), den selbstschuldnerischen Bürgen dem Hauptschuldner insoweit gleichstellt, daß der Gläubiger, mit gänzlicher Beiseitesetzung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner, seine Forderung sofort gegen den Bürgen verfolgen kann. Steht ihm diese Befugniß, wie nach der Wortfassung des § 297 zweifellos ist, — in Betreff einer an einem bestimmten Tage fällig gewesenen Forderung zu, so muß er auch für befugt erachtet werden, die Fälligkeit durch eine an den Bürgen gerichtete Zahlungsaufforderung herbeizuführen.

Daß die Haftbarkeit des selbstschuldnerischen Bürgen nicht durch den Nachweis einer an den Hauptschuldner selbst erlassenen Kündigung der Forderung bedingt ist, vielmehr eine an den Bürgen ergangene genügt, muß auch aus dem § 298 a. a. O., nach welchem sich der Gläubiger auch dann sofort an den Bürgen halten darf, wenn der Hauptschuldner nicht mehr in Königlichen Landen belangt werden kann, gefolgert werden, da der Zweck dieser Vorschrift völlig vereitelt werden würde, wenn die Fälligkeit der Forderung nicht auch durch eine an den Bürgen gerichtete Kündigung herbeigeführt werden könnte.

Endlich findet diese Ansicht auch eine Unterstützung in dem Präj. 2091 a.*), nach welchem der selbstschuldnerische Bürge den sich an ihn haltenden Gläubiger nicht zunächst an das vom Hauptschuldner bestellte Pfand verweisen kann.

---

*) Erk. b.

---

daß die klagende Kreditgenossenschaft dem Schuldner den unter der Bürgschaft bewilligten Kredit nicht dem Statut entsprechend rechtzeitig gekündigt.

Recht eigentlich auf den selbstsch. Bürgen beziehen sich die §§ 342 ff., von denen §§ 347, 348 inzwischen durch CPO. §§ 59, 69, EG. z. CPO. § 14 Abs. 1 beseitigt. Es folgt daraus, daß auch der selbstsch. B. regelmäßig ohne Einwilligung des Schuldners nicht zahlen darf, ohne solche den Prozeß abwarten und in diesem den Schuldner zuziehen soll, widrigenfalls dem Schuldner alle Einreden intakt verbleiben. Zahlt der Bürge freiwillig, ohne den Schuldner zu fragen, so hat er namentlich zu gewärtigen, daß der Schuldner ihm bereits erfolgte oder spätere Zahlung entgegensetzt, während nach gem. R., l. 19 pr. § 2 D. 17, 1 der Schuldner ersetzen mußte, was der Bürge unwissend gezahlt. In RG. 3 S. 219 ist mit Recht der Fall anders behandelt, wo die Bürgschaft selbstschuldnerisch durch Wechselunterschrift geleistet. In dem Falle hatte der Bürge den Wechsel eingelöst, während der eigentliche Schuldner und Mitaussteller den Wechsel bereits bezahlt hatte, ohne ihn sich aushändigen zu lassen und dem Bürgen Nachricht von der Zahlung zu geben. Das RG. hat hier gegen den 2. Richter die Berufung des Schuldners gegen den Bürgen auf die von ihm selbst bewirkte Zahlung abgewiesen, weil, wenn der Bürge sich dem Schuldner gegenüber zur Bürgschaft verpflichtet, als Vertragswille anzunehmen, daß der Bürge zahlen solle, wenn der Gläubiger es verlange, deshalb Ersatz zu verlangen hat, wenn er nicht gewußt, daß bereits bezahlt. Für den Fall der Wechselbürgschaft folgt dies übrigens aus der Natur des Wechsels, der Selbständigkeit der Verpflichtung auch bei aval.

Nr. 250. §§ 399—412. Expromission.*)

a. PlPräj. 2705 v. 4. Juli 1859; ObTr. 41 S. 1 (StrA. 35 S. 36).
b. Erk. v. 9. Dez. 1852; StrA. 8 S. 97.

Im Falle a. hatte A. dem B. ein Darlehn von 605 Thlr. gegeben, das für A. auf dem Grundstück des B. eingetragen wurde, und welches C. in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, als er das Grundstück von B. kaufte. Bei der Subhastation fiel das Darlehn aus und als A. nunmehr den B. als persönlichen Schuldner in Anspruch nahm, excipirte dieser, dass C. die Schuld mit Einwilligung des A. übernommen. Es kam in Frage, ob die Schuldübernahme durch C. dem B. gegenüber in Verbindung mit der mündlichen oder stillschweigenden Einwilligung des A. zur Befreiung des B. von der Schuld genüge. Das Plenum hat verneint und den Rechtssatz angenommen, dass zur Befreiung des Schuldners die ausdrückliche und, wo der Gegenstand es erfordere, schriftliche Erklärung des Gläubigers, dass er den ersten Schuldner entlasse, nothwendig. — Im Falle b. schuldete A. dem B. 2566 Thlr. Kaufgeld für Wolle und die Wittwe A., seine Mutter, erklärte in einer gerichtlichen Verhandlung dem B. gegenüber, dass ihr Sohn ihr gegen Uebernahme dieser Schuld anderweit genügende Sicherheit gegeben, sie deshalb die Schuld übernehme, Schuldnerin des B. sei, einen Theil sofort zu zahlen, den Rest mit 4 Proz. zu verzinsen sich verpflichte. Als B. gegen die Wittwe A. auf Zahlung klagte, wies der 2. Richter ab, weil beim Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des B. eine Expromission nicht vorliege, dass eine selbstschuldnerische Bürgschaft gewollt, nicht zu ersehen sei. Das ObTr. hat vernichtet und mit dem 1. Richter verurtheilt.

Gründe: a. Jede Expromission hat einen zwiefachen Inhalt, indem erstlich ein Dritter in ein bestehendes Schuldverhältniß dergestalt eintritt, daß er die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners zu erfüllen verspricht und zweitens der Gläubiger denselben als Schuldner annimmt und den alten Schuldner der Ver-

*) Vgl. Windscheid 2 § 353₈; Dernburg 2 § 64 unt. 2; Förster (Eccius) 1 § 101 unt. II. — Das ALR. behandelt die expr. im Anschluß an die Bürgschaft, nicht an die Novation, — obwohl sie in § 461 I 16 von Novation durch Veränderung der Person des Gläubigers oder Schuldners spricht, und dabei auf die Vorschriften über Cession, Delegation und Expromission verweist, — weil die expr. nach ALR. lediglich Intercession, nicht Novation im Sinn des § 454 I 16, ist, d. h. Eintritt in eine bestehende Verbindlichkeit, die der Expromittent übernimmt, ohne daß sie aufgehoben wird, § 399 h. t. Damit hängt zusammen, daß die Expromissionserklärung wie die Bürgschaftserklärung stets schriftlich erfolgen muß, §§ 203, 399, 400, vgl. StrA. 63 S. 9 unt. Nr. 92, Bd. 1 S. 392 (expr., Interc. kein Vertr. üb. Handl.), und Darlehnsfähigkeit des Expromittenten wie bei dem Bürgen, § 219 h. t., voraussetzt. Wie die Bürgschaft ist die exprom. Erklärung dem Gläubiger gegenüber, wodurch sie sich wesentlich von der Schuldübernahme im Sinne § 54 I 20; Dekl. v. 21. März 1835; EigenthGes. v. 5. Mai 1872, § 41; SubhGes. v. 13. Juli 1883, §§ 116, 117, 124. unterscheidet. Dies war in dem Präj. 2581 ObTr. 29 S. 66, welches übrigens mit dem Erk. a. Nr. 246 in offenem Widerspruch stand und durch das PlPräj. Erk. a. aufgehoben, ganz verkannt, indem darin ausgesprochen wurde, daß es zur formellen Gültigkeit der expr. außer der Schriftlichkeit des Vertrages zwischen dem Uebernehmer und dem alten Schuldner nicht der Schriftlichkeit der Einwilligung des Gläubigers bedürfe. Jetzt ist kein Zweifel mehr darüber, daß die expr., wie im gem. R. OHG. 18 S. 309, der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner ist, Erk. a., der seine Bedeutung als expr. dadurch erhält, daß die Befreiung des alten Schuldners dadurch gewollt und herbeigeführt wird, RG. 2 S. 262, 263. Daß der Gläubiger diesen Befreiungswillen deutlich (ausdrücklich) erklären muß, folgt aus dem rechtlichen Inhalt solcher Erklärung und nach dem Erk. a. ist sie schriftlich abzugeben, wo das Objekt die Schrift erfordert,

bindlichkeit entlässet. Hieraus folgt schon, daß der Uebernehmer (Expromittent) und der Gläubiger die Hauptpersonen bei dem Rechtsgeschäfte sind, die allein Thätigen, sofern es sich um das Wesentliche handelt. Der Schuldner mag sich häufig, ja in der Mehrheit der Fälle, bemühen, um das Geschäft zu Stande zu bringen, aber er ist nicht der begriffsmäßige Mitcontrahent, da ohne jenen übereinstimmenden Willen des Gläubigers und des Uebernehmers das alte Schuldverhältniß unverändert fortbesteht, und er wird auch ohne sein Zuthun von der Schuld frei, wenn jene Beiden sich in der angegebenen Weise vereinbart haben. Dies ist nicht nur gemeinen Rechtens, nach l. 8 i. f. D. 46. 2, wo es heißt: liberat me is, qui quod debeo promittit, etiam si nolim, und l. 91 D. 46, 3, wo gesagt ist: imo debitorem tuum etiam invitum liberare poteris... sondern auch das ALR. hat sich von diesem Grundsatze nicht entfernt, wie dessen fernere Vorschriften über den Gegenstand ergeben.

Allerdings kann ein Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer bei der Expromission vorkommen, wie im § 404 l. c. anerkannt ist; dieser Vertrag ist aber nicht die Expromission selbst, sondern er regelt nur das Verhältniß jener beiden Personen, in welches dieselben gegen einander aus Veranlassung der Expromission treten wollen, wenn nämlich zwischen ihnen Verabredungen bezüglich des Zustandekommens derselben stattgefunden haben. Daß aber im § 400 nur der zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger geschlossene Vertrag gemeint ist, beweiset ferner § 401. Denn es kann nur die zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger getroffene Abrede den angeregten Zweifel entscheiden, wenn man bedenkt, daß nur diese Beiden bestimmen können, in welches Rechtsverhältniß sie zu einander treten wollen.

Auch die Analogie der Bürgschaft, welche der § 401 als das der Expromission zunächst stehende Rechtsgeschäft ansiehet, spricht für die obige Auslegung, da ja die Bürgschaft ebenfalls ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen ist, wie § 200 I 14 ALR. ausdrücklich besagt. Der Expromittent übernimmt die fremde Schuld ganz wie der als Selbstschuldner sich verpflichtende Bürge. Daher erklärt sich auch die Stellung der Lehre von der Expromission in dem Titel von Cautionen und Bürgschaften und deren unmittelbarer Anschluß an die von Bürgschaften handelnden Vorschriften. Endlich erwähnt § 406 ausdrücklich des Falles, wo der Uebernehmer den ersten Schuldner ohne dessen ausdrückliche Einwilligung

---

was ebenso wie das Erforderniß der Schriftlichkeit der Expromissionserklärung wie sonst, fortfällt, wo die Expromission ein Handelsgeschäft, StrA. 91 S. 307 (wo übrigens kein Handelsgeschäft vorlag) und OHG. 19 S. 17, 23, 24. In OHG. 1 S. 74 hatte A. an B. ein Grundstück verkauft und C. sich mündlich verpflichtet, zur Berichtigung des Kaufgeldes für B. ein Accept des A. einzulösen, zu diesem Behuf sein Giro auf den Wechsel gesetzt, denselben zur Verfallzeit eingelöst, dann aber nach erhobenem Protest und Ausstreichung seines Giros weiterbegeben. Aus dem Accept belangt, erhob A. den Einwand des dolus, weil er durch expr. befreit, das OHG. verurtheilte aber, weil die Expromissionserklärung des C. in mündl. Form ungültig, und kein Rechtsgrundsatz bestehe, daß mündliche Abrede der Betheiligten über die Einlösung des Wechsels unabhängig von der Form gültig.

Ueber Expromissionserklärung durch Ausstellung eines Schuldscheins Seitens des Expromittenten über die fremde Schuld vgl. Erk. d. Nr. 216 a., Bd. 2 S. 333, 341; ObTr. 40 S. 138 (StrA. 38 S 350) bei I 20 u. StrA. 67 S. 157 für gem. R. unt. Nr. 214, Bd. 2 S. 316, sowie Str.A. 82 S. 60 Erk. b. Nr. 47 Bd. 1 S. 175. Wesentlich für den Begr. der expr. ist, wie hervorgehoben, die Intention der Befreiung des alten Schuldners und diese Befreiung durch die Erklärung des Gläubigers. Darum lag expr. nicht vor im Falle des Erk. b., vgl. ObTr. 21 S. 196 unt. Nr. 249, in StrA. 10 S. 97, 21 S. 90, 53 S. 233; ObTr. 5 S. 336 u. 65 S. 292. In StrA. 10 S. 97 hatte A. an B. für 200 Mobilien verkauft und B. gegen A. ein Judikat auf Herausgabe erstritten, in der Exekutionsinstanz aber von C., der das Grundstück, wo sich die Sachen befanden, von A. gekauft, einen Schuldschein über 200, verzinslich zu 4 Proz., erhalten und angenommen, weil C. die Sachen behalten wollte und B. wegen des an A bereits gezahlten Kaufgeldes befriedigt werden sollte. Als B. gegen C. aus dem Schuldschein klagte, excipirte C., daß er nur Bürge, wurde aber in allen Instanzen verurtheilt. Dabei nahm die 1. Instanz expr., die 2. u. 3. Instanz weder expr.

von der Schuld befreit hat, und läßt dann die Sache zwischen ihnen Beiden als Geschäftsübernehmung ohne Auftrag gelten, die Expromission aber ist durch die alleinige Handlung des Uebernehmers und des Gläubigers zu Stande gekommen.

Es kann hiernach kein Zweifel sein, daß unter dem im § 400 erwähnten Vertrage der Vertrag des neu eintretenden Schuldners mit dem Gläubiger, und nicht gemäß der älteren Meinung ein Vertrag zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Uebernehmer seiner Schuld zu verstehen ist. Indessen folgt hieraus noch nicht, daß unter allen Umständen das ganze Rechtsgeschäft der Expromission in Schriften vollständig abgeschlossen werden müßte. Man darf den Wortlaut des § 400 nicht übersehen, der zur Uebernahme der fremden Schuld einen schriftlichen Vertrag und daneben die ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers in die Entlassung des alten Schuldners erfordert, hierdurch also doch die Uebernahme der Schuld noch von dieser Einwilligung des Gläubigers in die Befreiung des alten Schuldners trennt. Und nur für jene Uebernahme wird die schriftliche Form vorgeschrieben, für diese Einwilligung dagegen nur deren Ausdrücklichkeit. Untrennbar sind diese beiden Stücke nicht in dem Maße, daß sie nothwendig in einer und derselben Form sich darstellen müßten, und das Rechtsgeschäft der Bürgschaft bietet wieder eine passende Analogie für die Zulässigkeit einer solchen Sonderung, indem nach § 203 dieses Titels zwar die Erklärung des Bürgen, für die Verpflichtung eines Dritten haften zu wollen, allemal schriftlich oder zum gerichtlichen Protokolle abgegeben werden soll, dennoch aber, zufolge § 204 „sobald der Bürge solcher Gestalt die Uebernehmung der Bürgschaft ohne Bedingung oder Vorbehalt erklärt hat" er dem Berechtigten, sogar ohne dessen ausdrückliche Annahme, also auch ohne schriftliche Annahme, haftet.

Die Expromission fordert allerdings eine ausdrückliche Liberation des alten Schuldners, Seitens des Gläubigers, aber doch nur eben zu diesem Zwecke. Man wird nicht behaupten können, daß diese entlassende Erklärung des Gläubigers gleichzeitig mit der Uebernahme-Erklärung des Expromittenten erfolgen müsse, dieselbe vielmehr als gültig anerkennen dürfen, wenn sie auch vorhergeht oder nachfolgt; nicht minder muß es gleich gelten, ob sie gegen den Uebernehmer selbst, oder gegen den ersten Schuldner ausgesprochen worden ist. Denn es müssen zwar die Uebernahme der Schuld und die den alten Schuldner befreiende Erklärung des Gläubigers vorhanden sein, ehe die Expromission zu Stande kommen kann, aber es

---

noch Bürgschaft an, weil C. nicht die Schuld des A., welche nur die Verpflichtung des A. zur Rückzahlung des Kaufpreises hätte sein können, übernommen, sondern im eignen Interesse die Einlösung der Mobilien durch Zahlung des Preises übernommen und über diese Einlösungssumme den Schuldschein, dessen causa dadurch genügend dargethan, vgl. Erk. d. Nr. 216 a, Bd. 2 S. 341, gültig ausgestellt. In StrA. 21 S. 90 hatte A. an die verehel. B. drei Forderungen, die er an deren Ehemann hatte, cedirt, ohne Gewährleistung, gegen eine geringere Valuta, die binnen 2 Jahren zu zahlen, auf dem Grundstücke der Ehefrau B. eingetragen und sofort fällig, falls die B. nicht eine der voreingetragenen Hypotheken in bestimmter Frist zur Löschung bringe. Als letztres nicht geschah und A. gegen die B. auf Zahlung klagte, excipirte diese, daß expr. vorliege, die nach den (inzwischen aufgehobenen) §§ 407—412 h. t. ungültig gewesen wäre. Hier würde expr. vorgelegen haben, wenn, wie die B. behauptete, sie durch die Cession keine Rechte gegen ihren Ehemann erworben, sondern dieser nur von seiner Schuld befreit werden sollte. War wirkliche Cession gemeint, die als solche zulässig, so lag expr. nicht vor, die nach § 404 h. t. dem Expromittenten keine Rechte gegen den Befreiten aus der Forderung giebt, sondern nur aus dem Vertrage oder der neg. g. oder der v. i. r. In StrA. 53 S. 233 klagte A. gegen B. aus dessen Accept über 49 Thlr., wogegen B. excipirte, daß C. die Forderung im Einverständniß mit A. und mit Bewilligung des B. zu dessen Gunsten übernommen, wogegen A. replicirte, daß damit nur selbstschuldnerische Bürgsch. des C. gewollt. Das ObTr. verurtheilte, weil die Uebernahme nicht genügend zur Befreiung des B., sondern die (wenn auch hier nur mündliche) Entlassung des B. erforderlich. Ebenso geht ObTr. 65 S. 292 davon aus, daß die expr. nicht zu Stande gekommen, solange die Einwillung des Gläubigers in die Entlassung nicht erklärt, während die schriftliche Uebernahmeerklärung als Intercession verbindlich bleibt, vgl. Erk. a. Nr. 249, falls die Befreiung des alten Schuldners nicht geradezu als Voraussetzung oder Bedingung der Intercession ausdrücklich gewollt. Vgl.

kommt doch nur darauf an, daß das Eine wie das Andere überhaupt in der vorgeschriebenen Form geschieht. Und schon jene Uebernahme der fremden Schuld, wenn sie schriftlich und dem Gläubiger gegenüber erfolgt ist, gilt nach § 401 als Bürgschaft; die Einwilligung des Gläubigers aber zur Entlassung des Schuldners hat nur den Charakter des Erlasses, oder der Entsagung des Rechtes des Gläubigers gegen den früheren Schuldner. Zu einer solchen ist nach § 381 I 16 nur eine ausdrückliche Willenserklärung nothwendig, und das Erforderniß der Schriftlichkeit bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Form der Verträge in §§ 131 ff. I 5 ALR., denen gemäß auch § 387 I 16 eine mündliche Entsagung soweit für gültig erklärt, als ein Vertrag, der blos mündlichen Abschließung ungeachtet, rechtsbeständig sein kann.

Diese Entwickelung entspricht der Fassung des § 400 und man darf daher nicht, im Widerspruche mit derselben, annehmen, daß ebenso wie für die Uebernahme der fremden Schuld, auch für die ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers zur Entlassung des alten Schuldners allemal eine schriftliche Erklärung erforderlich sei, es ist vielmehr in letzterer Hinsicht auf die oben erwähnten allgemeinen Grundsätze zurückzugehen. Immer aber muß die Einwilligung ausdrücklich geschehen nach § 400, und es kann deshalb eine blos stillschweigende nicht genügen, weil § 60 I 4 ALR. da, wo die Gesetze eine ausdrückliche Erklärung zur rechtsgültigen Form des Geschäfts erfordern, eine stillschweigende Willenserklärung unkräftig ist.

Welche Folgen es übrigens haben kann, wenn der Uebernehmer einer fremden Schuld seine schriftliche Uebernahme-Erklärung dem Gläubiger übergeben und dieser dieselbe angenommen hat, ohne seine ausdrückliche Einwilligung zur Entlassung des ersten Schuldners zu ertheilen, gleichwohl aber er vom Uebernehmer Zahlung fordert, darauf hier näher und nach allen rechtlich möglichen Beziehungen einzugehen, ist keine Veranlassung vorhanden, da die jetzt zu treffende Entscheidung sich auf die den entstandenen Konflikt darstellende Streitfrage, wie sie dem Plenum vorgelegt ist, beschränken muß.

Gründe: b. Indem der zweite Richter in den Erklärungen den Charakter der Expromission, wenigstens von Seiten der Verklagten, findet, und damit das Bestehen einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, welche der erste Richter annahm, für

---

Erk. a. Schlußsatz; Erk. b. Der alte Schuldner kann daraus allein, daß die Intercession unter dieser Voraussetzung erfolgt, nach allgem. Grundsätzen kein Recht herleiten, er wird nicht dadurch, sondern nur durch die Entlassungserklärung befreit. In dem entschiedenen Falle hatte A. an B. verkauft, für A. waren die Restkaufgelder eingetragen, und nachdem B. an C., C. an D. verkauft, bei der Subhastation zum größten Theil ausgefallen. Als der Cessionar des A. gegen den persönlichen Schuldner B. den Ausfall einklagte, berief sich dieser darauf, daß A. mit dem D. schriftlich vereinbart, daß D. unter Erhöhung des Zinssatzes die persönliche Schuld für den bisherigen Schuldner übernehme und A. ihn an Stelle des bisherigen als seinen Schuldner annehme. In dieser Erklärung ist die Entlassungserklärung nicht gefunden. Daß in solchem Falle der alte Schuldner für die vom Intercedenten erhöhten Zinsen nicht haftet, versteht sich von selbst. Aehnlich lag ObTr. 5 S. 336, wo der Käufer des Grundstücks dem Hypothekar einen Revers aufgestellt hatte, daß er die eingetragene Summe als seine Schuld anzusehn und an einem bestimmten Tage zurückzuzahlen sich verpflichte. Darin ist nur selbstsch. Bürgschaft gefunden. Die Wirkung der expr. im Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Expromittenten ist, daß letztrer an Stelle des alten neuer Schuldner der alten Obligation in gleichem oder, was nicht ausgeschlossen, geringerem Umfange wird. Im Verhältniß des Gläubigers zum alten Schuldner wirkt die expr. wie im gem. R., — OHG. 4 S. 209, 217; 18 S. 309; RG. 11 S. 127, — Befreiung des alten Schuldners in gleicher Weise wie durch Zahlung oder datio in sol. eines Dritten, selbst ohne Wissen und wider Willen des Schuldners; seiner Zustimmung bedarf es so wenig, daß selbst sein Widerspruch nicht schadet, §§ 399, 406 h. t.; §§ 49, 51 I 16; l. 91 D. 46, 3. Einer Erklärung der Entlassung dem alten Schuldner gegenüber bedarf es deshalb ebensowenig. Die Wirkung tritt aber nach ALR. nicht novationsweise, nicht durch Begründung neuer Schuld zum Zweck der Aufhebung der alten Schuld, sondern unter Aufrechterhaltung der alten Schuld durch den Eintritt des neuen Schuldners und die Befreiungserklärung des Gläubigers ein.

unvereinbar hält, hat er diese beiden Rechtsbegriffe zu sehr als Gegensätze und sich einander ausschließend aufgefaßt, während sie doch, wie schon der § 401 I 14 ALR. zeigt, sehr vieles mit einander gemein haben, und in einander übergehen können. Beide, die Bürgschaft, wie die Expromission, sind Spezies der Intercession, sie bestehen in der „Uebernahme" einer fremden Verbindlichkeit; denn etwas Anderes ist es nicht, wenn man sich „zur Erfüllung der Obliegenheiten des Berechtigten verbindet" wie im § 200 a. a. O. die Bürgschaft definirt wird. In der Bürgschaft als Selbstschuldner (§ 297 a. a. O.), die nicht blos, wo dieser Ausdruck expresse gebraucht ist, sondern auch dann vorliegen kann, wenn das Wesen dieses Geschäfts aus den Verabredungen erhellet (vergl. ObTr. 21 S. 196)*), tritt die Uebernahme der fremden Schuld noch schärfer hervor, indem dem Gläubiger gegenüber der selbstschuldnerische Bürge in der That als direkter Hauptverpflichteter ohne alle Eventualität einer Nichterfüllung des Primordialschuldners erscheint, so daß es lediglich von dem Willen des Gläubigers abhängt, ob er sein Recht gegen diesen oder gegen den Bürgen verfolgen will. Soll nun der Hauptschuldner ganz aus seinem Obligationsverhältnisse treten, soll die Uebernahme des Intercedenten „statt seiner" geschehen, was den Charakter der Expromission ausmacht (§ 399 a. a. O.), so bedarf es zur Perfektion eines solchen Geschäfts natürlich der Einwilligung des Gläubigers, und das Gesetz verlangt überdies noch eine ausdrückliche Einwilligung (§ 400). Dies tangirt blos die Interessen des Gläubigers, der den Einen und ursprünglichen Verpflichteten aufgeben soll. Des Intercedenten rechtliches Verhältniß dem Gläubiger gegenüber ändert sich praktisch dadurch nicht, nur dem Schuldner gegenüber tritt insofern eine Aenderung ein, daß, wenn nicht ein animus donandi der Expromission zum Grunde liegt, der Regreß nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers Seitens der Intercedenten nunmehr sich nicht auf die rechtliche Natur des Rechtsgeschäfts „Bürgschaft" an sich stützen kann, sondern entweder auf besondere Verabredungen oder das Prinzip der in rem versio, die bei der solutio für einen Anderen Platz greift, stützen muß.

Im Wesentlichen ist dieser Unterschied so bedeutend nicht. Die Lage des Inter-

---

*) Nr. 249.

Aus dem Fortbestand der alten Schuld folgt, daß die Vorrechte der Forderung und die für dieselbe bestellte Hypothek unberührt bleiben, die §§ 470, 471 I 16 unanwendbar sind. In ObTr. 19 S. 197 hatte A. an B. verkauft, B. in part. pretii die für C. eingetragene Forderung, deren persönlicher Schuldner A., übernommen und C. den nicht zugezogenen A. aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit entlassen. Nachdem C. bei der Subhastation des an B. verkauften Grundstücks ausgefallen, kam die auf einem andern Grundstück des A. mit eingetragene Forderung bei der Subhastation dieses Grundstücks zur Hebung, welche A. für sich in Anspruch nahm, weil die Schuld durch expr. erloschen. In 2. u. 3. Instanz ist die Masse dem C. zugesprochen, weil nach § 399 h. t. die alte Schuld weder umgeschaffen, noch aufgehoben, und es keines Vorbehalts bedürfe, um die Nebenabreden zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner sowie das Pfandrecht aufrecht zu erhalten. Anders ist dies bei dem Bürgen der expromittirten Schuld, weil die Bürgschaft zwar wie das Pfand ein Sicherungsmittel für die Forderung ist, nach ihrer accessorischen Natur aber von der Nichtzahlung der Schuld durch den Hauptschuldner abhängig ist und mit dem Fortfall der persönlichen Verbindlichkeit des Hauptschuldners zur Zahlung durch die befreiende expr. gemäß § 385 ff., 398 ff. h. t. von selbst fortfällt. Das muß auch da gelten, wo der Bürge nicht für die Hauptschuld, sondern zur Sicherheit der Bürgschaft Pfand bestellt hat, §§ 49, 50, 51, 52 I 20, StrA. 34 S. 312, 317. Im Verhältniß des Expromittenten zu dem alten Schuldner wirkt die expr. nach §§ 404—406 h. t. nicht von selbst einen Anspruch wie die Zahlung des Bürgen nach § 338 ff. aus der alten Schuld, sondern lediglich in Verbindung mit andren Umständen aus dem Gesichtspunkte der act. mand. oder neg. g. contr. Vgl. § 341 h. t. und in den Gründen der Erk. a. u. b. Selbstverständlich ist, daß nur die wirklich erfolgte Befreiung einen Anspr. gewährt, daß deshalb bei Belastung im Kontokorrent aus Anlaß übernommener Schuld die Entlastung nothwendig eintritt, wenn die Befreiung ausbleibt, RG. 2 S. 262, 263.

cedenten ist eine günstigere bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft; er hat sich also nicht zu beschweren, wenn seine „Uebernahme" der fremden Schuld, so lange nicht die Exnexuation des Hauptschuldners durch die Erklärung des Gläubigers eingetreten ist, mindestens in dem an und für sich weniger harten Elemente der Bürgschaft geltend gemacht wird, und es liegt an sich kein Grund vor, warum sie für den Gläubiger, dem sie erfolgt, deshalb wirkungslos sein sollte, weil die ausgedehntere Wirkung, aber lediglich wegen dessen eigenen freien Willen, nicht eintritt. *Möglich freilich bleibt es, daß eben die Exnexuation des Schuldners das Motiv für die Uebernahme abgab, und daß, abgesehen von derselben, der Intercedent nicht übernehmen, nicht accessorisch haften wollte.* Doch muß eine solche Absicht um so mehr klar vorliegen, da nicht vermuthet werden kann, daß wirkungslose Erklärungen abgegeben worden. In vorliegendem Falle ergiebt der Vertrag von einer solchen Absicht nicht das Geringste. Die Pflicht der Verklagten, die Gesammtschuld zu zahlen resp. zu verzinsen, ist durchaus nicht an die Bedingung der doch erst von dem Gläubiger auszusprechenden Exnexuation geknüpft, sie soll vielmehr sofort eintreten, es ist sofort Sicherheit dafür bestellt und auch eingetragen. Auch äußerlich tritt hinzu, daß der instrumentirende Richter in der Verwarnung sich des Ausdrucks „als Selbstschuldnerin übernehme", bedient hat.

Die oben bereits mitgetheilten Ausdrücke in der fraglichen Erklärung der Verklagten lassen aber auch eine Absicht der Verklagten, durch ihre Uebernahme den Schuldner ganz ex nexu zu setzen, keineswegs klar erkennen. Denn das Wort „und übernehme ich die Schuld" drückt dies, wie oben bemerkt, nicht aus, und wenn die Verklagte anführt, daß ihr der Sohn für die Uebernahme anderweit genügende Sicherheit gegeben habe, so paßt dies wenigstens ebenso gut auf die Sicherheit, welche dem Bürgen gegeben wird, ja die Sicherheitsbestellung in Verbindung gebracht mit der Hauptschuld läßt sich besser auf die Existenz einer Bürgschaft deuten, da bei der Expromission entweder für das Aequivalent derselben, oder doch für die künftige Auslage, insofern jenes Aequivalent nicht entrichtet war, Sicherheit mußte geleistet werden.

Das weitere Versprechen, die summirte Gesammtschuld zu bezahlen und resp. zu verzinsen, ist nichts Eigenthümliches der Expromission, es mußte rücksichtlich der unter das Ganze begriffenen fremden Schuld ebensowohl bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, wenn diese beabsichtigt war, eintreten; eine Exnexuation des Schuldners ist aus derselben so wenig, als aus der Sicherheitsbestellung der Verklagten herzuleiten.

Hiernach erscheint die Absicht der Parteien mindestens zweifelhaft, und deshalb muß nach § 401 a. a. O. die Vermuthung für bloße Bürgschaft Platz greifen. Daß diese eine selbstschuldnerische ist, ergeben die selbstständigen Zahlungsverpflichtungen, welche die Verklagte übernommen hat, und kommt es darauf, daß der Ausdruck nicht gebraucht wurde, wie oben bemerkt, nicht an.

Nr. 251. §§ 413—465; I 9 §§ 189, 612; 22 §§ 179—186; II 16 § 67. Feldpolizei-O. v. 1. Nov. 1847. Feld- u. Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880. Pfändungen.*)

---

*) Vgl. *Dernburg* 1 § 123; *Förster* (*Eccius*) 1 § 49; *Stobbe*, Privatrecht 1 § 70. — Die Pfändung im Sinne der §§ 413 ff. ist begrifflich sowohl von der Pfändung in der Zwangsvollstreckung wie von der Beschlagnahme, Einziehung, neben der sie im § 48 Abs. 1 des Fischereiges. v. 30. Mai 1874 genannt wird, verschieden und als ein Akt der Selbsthülfe behufs Sicherung erlittenen Schadens oder Abwendung künftiger Beeinträchtigung §§ 413, 451, vom ALR. absichtlich nur beschränkt zugelassen, beschränkt insofern als sie bedingt ist durch

a. Präj. 2421 v. 21. Dez. 1852; ObTr. 24 S. 356 (StrA. 8 S. 144).
b. Erk. v. 10. Febr. 1871; ObTr. 65 S. 86.

Im Falle a. war der Sohn des Klägers vom Beklagten beim Holzdiebstahle betroffen und ihm das Fuhrwerk seines Vaters, das er zum Transporte mitgenommen, abgepfändet worden. Der Kläger hatte gegen 100 Thlr. Kaution das Gespann wiedererhalten, demnächst aber auf Herauszahlung gegen den Beklagten geklagt, weil er von dem Holzdiebstahl keinerlei Kenntniss gehabt. Der Beklagte wollte nur nach Abzug seiner Schadensforderung von 59 Thlr. herausgeben, ist aber in 2. und 3. Instanz verurtheilt. — Im Falle b. war der Beklagte Eigenthümer einer Wiese, an der dem Kläger ein Nutzungsrecht zustand. Gleichwohl hatte Beklagter wiederholt sein Vieh aufgetrieben. Die Klage auf Zahlung des Pfandgeldes wurde in 2. Instanz abgewiesen, weil der Nutzungsberechtigte dem Eigenthümer gegenüber nie Pfandgeld nur Schadensersatz fordern könne, das geforderte Pfandgeld auch in gar keinem Verhältniss zu dem Nutzungswerthe der Wiese stehe. Das ObTr. hat vernichtet.

Gründe: a. Der App.-Richter hat grundsätzlich angenommen, daß im Falle einer erlaubten Pfändung das Recht des Pfänders, sich wegen des ihm zugefügten Schadens an das Pfand zu halten, auf solche Sachen keine Anwendung finde, welche dem Gepfändeten selbst nicht gehören, vielmehr das Eigenthum eines bei der Uebertretung unbetheiligten Dritten sind.

Mit Unrecht ist dieses Prinzip vom Verklagten angefochten und insbesondere eine Verletzung der §§ 427, 440 I 14 ALR. behauptet worden, aus denen sich nach seiner Meinung das Gegentheil ergeben soll. Die gesetzliche Vermuthung spricht für die Freiheit und Uneingeschränktheit des Eigenthums. Sie überwiegt selbst die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes, § 14 I 19, § 181 I 7 ALR. Einschränkungen des Eigenthums müssen daher durch Natur, Gesetze oder Willenserklärungen bestimmt sein, §§ 25, 32 I 8. Ebenso steht es grundsätzlich fest, daß Niemand mehr Rechte auf den Anderen übertragen kann, als er selbst besitzt, § 101 Einl. z. ALR. Insbesondere ist die Bestellung eines Unterpfandes mit einer Sache nur insoweit zulässig, als der Pfandgeber darüber zu verfügen fähig und berechtigt ist, § 15 I 20 ALR. In diesem Sinnne hat das ObTr. bereits durch den Pl.Beschl. v. 12. März 1838 in Betreff des Pfandrechts des Vermiethers und Verpächters prinzipiell anerkannt, daß dieses Recht sich nur auf die eigenen Sachen und Effekten des Miethers und Pächters beschränke und sich nicht auf die im Mieth- oder Pachtlokale befindlichen Sachen fremder Eigenthümer erstrecke.

Es ist dies dasselbe Prinzip, welches den Gesetzgeber bei den Vorschriften §§ 75, 77 I 24 AGO. in Betreff der im Wege der Exekution mit Beschlag belegten fremden Sachen geleitet hat. Der Eigenthümer vindicirt sein Eigenthum, ohne dem Executionssucher zu irgend einer Vergütigung verpflichtet zu sein. Der gute Glaube gewährt keinen Titel für das streitige Recht. Das eigenthümliche Recht der außergerichtlichen Pfändung in den gesetzlich erlaubten Fällen, § 413 ff. I 14, ist ein dem Pfandrechte verwandtes Recht. Dies ergiebt der Ursprung und die geschichtliche Entwickelung des Instituts. Dasselbe gründet sich im Wesentlichen in deutschrechtlicher Gewohnheit, wenn gleich die außergerichtliche Pfändung mit ähnlicher Wirkung sich

---

die in §§ 415, 416 angebenen Voraussetzungen und die §§ 419, 420 ff., 424 ff. Die Bedingungen der §§ 415, 416 gelten für beide Fälle des Pfändungsrechts (Schadensersatz, künftige Beeinträchtigung), ObTr. 60 S. 106, und sind von dem Pfändenden zu erweisen, wenn die Rechtmäßigkeit der Pfändung in Frage kommt. Aus dem Hinweise im § 439 auf die Provinzialgesetze nur bezüglich des Pfandgeldes folgte, daß alle übrigen Bestimmungen der Provinzialgesetze namentlich über die Fälle und den Umfang des Pfändungsrechts beseitigt werden sollten, ObTr. 6 S. 82. Nach der Begriffsbestimmung im § 413 erschien die Pfändung fast unbegrenzt als Sicherungsmittel, indessen lassen die §§ 420 ff. 424, 451 erkennen, daß dabei nur an die historischen Fälle des Pfändungsrechts gedacht, den Fall der Schadenszufügung an Grundstücken, dessen Früchten durch Personen und Thiere und des Eingriffs in das Recht

schon im ältesten Röm. R. findet, sich auch noch später in der Eigenschaft eines Zwangsmittels bei den Obrigkeiten erhalten hat, um ihren Anordnungen und Befehlen Folge zu verschaffen, und nur im Allgemeinen nicht mehr gestattet, sondern sogar mit Strafen bedroht worden ist. Gaj. J. IV. 32. Cic. de Orat. III. 1. Liv. Lib. III. c. 38. J. I. 24 § 3 de satisd. tutor. vel curat. l. 39 § 1. D. ad leg. Aquil. Nov. 52 pr. c. 1 ut non fiant pignorationes.

In den deutschen Rechtsbüchern finden sich dagegen völlig übereinstimmende Vorschriften über dieses Institut, welches sich vermöge allgemeiner Gewohnheit, trotz jener entgegenstehenden Vorschriften des späteren Röm. R., im Wesentlichen in seiner ursprünglichen Gestalt erhalten hat. Es ist dasselbe unter dem Namen der Pfändung oder Schüttung nicht nur wegen jeden Schadens, den fremde Thiere oder Personen an fremden Grundstücken bereits verübt haben, sondern auch zur Erhaltung und zum Schutze des Besitzes gegen künftige Beeinträchtigungen, sowie zum Beweise der Entschädigung unter gewissen Voraussetzungen gesetzlich gestattet, und gewährt unter diesen Voraussetzungen nach älterem deutschen R., ebenso wie im ältesten Röm. R. ein wirkliches Pfandrecht. Vergl. L. Sal. Tit. X L. Burg. Tit. 23 L. Wisigoth. Lib. 8 Tit. 3 c. 13—17. Schwabenspiegel, c. 68, 70. Wilda, das Pfändungsrecht in Reyscher's Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. 1 S. 467—520. Stryk, de jur. pign. Francof. 1677. I. c. 3 N. 5—10. Eichhorn, d. Privatr. §§ 119, 121.

Im neueren Rechte ist hauptsächlich nur das Recht, als solches, mit seinen Wirkungen geblieben. Das Preuß. ALR. bezeichnet im § 414 I 14 dasselbe namentlich als einen Akt erlaubter Privatgewalt, welcher jedoch nach § 439 dem Pfändenden, gleich dem Inhaber eines wirklichen Pfandes, das Recht giebt, nach den Umständen aus dem Erlöse des vom Richter verkauften Pfandstücks den Ersatz seines Schadens, die Erstattung aller gerichtlichen und außergerichtlichen durch die Pfändung verursachten Kosten und das Pfandgeld selbst zu fordern. Für alle diese Ansprüche haftet die abgepfändete Sache und beziehungsweise deren Erlös ebenso, als wenn der Gepfändete dieselbe dafür vertragsmäßig zum Unterpfande bestellt hätte. Es ist von einer gesetzlich anerkannten Sicherheitsmaßregel die Rede, welche, nach den Umständen, dem Pfändenden das Recht giebt, sich wegen seines Schadens an der abgepfändeten Sache, wie an einem wirklichen Unterpfande, zu erholen. Daß dieses Recht sich aber auch auf Sachen eines bei der Beschädigung oder Uebertretung unbetheiligten Dritten erstrecken solle, sagt kein Gesetz.

Der in dem § 413 gebrauchte Ausdruck: Besitznehmung einer fremden Sache würde zu einer solchen Annahme nicht berechtigen. Derselbe Ausdruck findet sich im § 1 I 20 ALR. vom Rechte eines Unterpfandes wieder und bezeichnet offenbar nur den allgemeinen Gegensatz zu dem, was dem Berechtigten eigen gehört. Dies liegt schon in den Worten des Gesetzes, erhellet aber auch aus den nachfolgenden Vorschriften, insbesondere den §§ 15 ff. I 20. Das gleiche Verhältniß, der innere Zusammenhang und der Sinn des § 413 I 14 lassen die Richtigkeit jener Deutung für diese Vorschrift ebensowenig bezweifeln. Der § 427 a. a. O., wonach geladene Güter von Fracht- und Reisewagen wider Willen des Eigenthümers nicht gepfändet werden dürfen, spricht, wie schon die Bestimmung selbst ergiebt, ebensowenig, als der § 440 a. a. O. für die entgegengesetzte Meinung, da die Anordnung, daß bei einer von mehreren gemeinschaftlich verübten Beschädigung der Pfändende seine Ent-

---

an Grund und Boden (Eigenthum jus in re al.) durch Dritte auch ohne Schadenszufügung. Dahin gehört auch § 189 I 9 u. § 67 II 16, wo der Pfändung in zwei speziellen Fällen erwähnt wird, und die §§ 179 ff. I 22.

Berechtigt zur Pfändung ist nach LR. der Beschädigte, Beeinträchtigte, Eigenthümer oder Nutzungsberechtigte. In ObTr. 37 S. 108, wo Vieh auf einen fremden Wall übergetreten war und den Wall beschädigt hatte, ist das Pfändungsrecht und das Pfandgeld dagegen dem zur Unterhaltung des Walls Verpflichteten, der kein Recht an dem Wall hatte, abgesprochen, obwohl er beschädigt war, weil das Pfandgeld für solchen nicht aus dem Recht am Boden folgenden Schaden nicht bestimmt. Dies entspricht der historischen Gestaltung des Rechtsinstituts. Verpflichtet gegenüber dem Pfändungsrecht ist der Beschädiger,

schädigung für das Ganze auch aus dem Erlöse des nur einem der Thäter abgenommenen Pfandstücks solle entnehmen können, auf der gesetzlich anerkannten Gesammtverpflichtung mehrerer Mitschuldigen, also auf einem ganz anderen Grunde, beruht, § 29 I 6 ALR. In der Natur des Rechtsverhältnisses liegt nichts, was die Meinung des Verklagten irgend unterstützte, daß sich das Recht des Pfändenden auch auf Sachen eines bei der Beschädigung unbetheiligten Dritten erstrecken könne. Die allgemeinen Rechtsregeln über die Freiheit des Eigenthums und die besonderen Vorschriften, welche für das Pfandrecht gegeben sind, stehen damit im geraden Widerspruche, und es leuchtet von selbst ein, daß nach dem Ursprunge und der geschichtlichen Bildung dieses deutschrechtlichen Instituts im Zweifel doch nur diejenigen Bestimmungen zur Anwendung kommen könnten, welche in dieser Beziehung für das wirkliche Pfandrecht an einer fremden Sache maßgebend sein würden. Im vorliegenden Falle steht es nun nach den unangefochtenen thatsächlichen Voraussetzungen des App.-Richters fest, daß der Kläger in keiner Weise bei der dem Verklagten zugefügten Beschädigung betheiligt gewesen ist, ihm auch keine Schuld zur Last falle. Sein Fuhrwerk, dessen sich sein Sohn mißbräuchlich bedient hatte, konnte also für den von diesem und dessen Mitschuldigen verübten Schaden in der Forst des Verklagten nicht haften.

Es beruht ferner auf thatsächlicher Feststellung, daß der Kläger die streitige Summe nur zu dem Zwecke hinterlegt hat, um das ihm nöthige Fuhrwerk wieder zu erhalten. Wenn nun der Verklagte außer den bereits bezeichneten §§ 427, 440 I 14, noch die Verletzung der §§ 24, 25 I 15 ALR. über das Recht der Vindikation, der §§ 175—177 I 7 über die Ansprüche des wahren Eigenthümers gegen den Besitzer und des § 181 I 14 über das Anrecht an eine Kaution rügt, so müssen alle diese Angriffe ebensowohl an dem richtigen Prinzipe, welches den App.-Richter überhaupt bei der Beurtheilung des Falles geleitet hat, als an dessen thatsächlicher Feststellung scheitern.

Gründe: b. Das Recht der außergerichtlichen Pfändung, ein dem Pfandrechte verwandtes Recht, gründet sich wesentlich in deutsch-rechtlicher Gewohnheit, wenngleich diese Pfändung auch in ältester römischer Zeit üblich war und erst späterhin verboten, selbst mit Strafen bedroht worden ist. (Gaji Inst. IV 32, l. 39 § 1 D. 9, 2 und Nov. 52 pr. c. 1.) In den deutschen Rechtsbüchern finden sich völlig übereinstimmende Vorschriften über dieses Institut, welches sich vermöge allgemeiner Gewohnheit, trotz der entgegenstehenden Bestimmungen des späteren römischen Rechtes, im Ganzen in seiner ursprünglichen Gestalt, unter dem Namen der Pfändung oder Schüttung, vorzugsweise wegen des Schadens erhalten hat, den fremde Personen oder Thiere an fremden Grundstücken verübt haben, oder zur Erhaltung und zum Schutze des Besitzes gegen künftige derartige Beeinträchtigungen, sowie zum Beweise der Entschädigung. (Wilda, das Pfändungsrecht in Reyscher's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 1 S. 172 ff., Gerber, deutsches Privatrecht, §§ 70, 71, S. 161—164, ObTrib. 24 S. 359.) Schon von den praktischen Juristen des 17. Jahhunderts wird es anerkannt, daß hier eine auf alter Gewohnheit beruhende, deutsche Rechtssitte vorliege, welche gemeinrechtliche Geltung behauptet habe. So sagt z. B. Mevius (ad jus Lubec. Lib. III Tit. 11 ad rubr. No. 10 p. 372): Ex generali fere consuetudine Germaniae . . . pignorationes pecudis alienae, donec de damno dato nobis statisfiat, ubique permittuntur; und Stryk (de jure pign. c. 1 § 38), der viele Schriftsteller dafür namhaft macht, bemerkt demnächst:

Störer, der unberechtigt handelt, und unter dieser Voraussetzung selbst der Eigenthümer, wie das Erk. b. für einen Fall, der nach der FPO. zu beurtheilen, nachweist, was für alle Fälle gilt. In StrA. 71 S. 49 hatte A. gegen B. auf Pfandgeld für übergetretenes Vieh geklagt, das auf seinem Pachtacker von ihm betroffen. Der Bekl. excipirte, daß C. von dem A. gepachtet, nicht Eigenthümer, sondern er selbst. Der 2. Richter verurtheilte, weil für die Pfandgeldklage genüge, daß A. im Pachtbesitze, dafür unerheblich sei, ob B. oder C. Eigenthümer. Das ObTr. vernichtete, weil die Pfandgeldklage nach § 5 FPO. ein petitorischer Anspruch, kein Anspruch aus der Besitzstörung, und deshalb entscheidend, ob B. Eigenthümer. Anders Dernburg a. a. O. Anm. 8, dem aber vom Standpunkt weder des A.L.R. noch der neueren

multos alios auctores hic rumulace liceret, nisi jam tum consuetudo haec fere nota, ubique in vulgus esset.

Das ALR. hat, im Gegensatze zu den in den meisten Provinzialrechten erhalten gebliebenen Grundsätzen des deutschen Rechtes (v. Scholz — Hermsdorff, Provinzialrecht der Kurmark, §§ 33—53, Motive S. 158—162; Götze, Provinzialrecht der Altmark, §§ 23—63, Motive 114 ff.; v. Klewitz, Magdeburger Provinzialrecht, §§ 15—40, Mot. S. 44—53; Neuvorpommersches Provinzialrecht §§ 265 bis 266, Motive S. 259) das Pfändungsrecht erheblich beschränkt, indem es die Pfändung überhaupt nur insofern für zulässig erklärt, als ohne dieselbe der Zweck der Sicherstellung wegen eines schon erlittenen Schadens, oder der Abwendung noch bevorstehender Beeinträchtigungen durch richterliche Hülfe nicht erlangt werden kann, und dann insbesondere die Pfändung nur in solchen Fällen gestattet, wenn der Beschädiger oder Störer unbekannt, unsicher oder ein Fremder ist, der innerhalb der Provinz nicht belangt werden kann, oder wenn die Pfändung das einzige Mittel ist, sich des Beweises der geschehenen Beeinträchtigung oder des erlittenen Schadens zu versichern, §§ 414—416 I 14. Diese Vorschriften, welche sich schon in dem gedr. Entw. zum Allgem. GesBuche vorfinden, sind theils aus der Anwendung der allgemeinen Bestimmung über die Selbsthülfe (Einl. §§ 77, 78, und I 7 § 142) auf die Pfändung, theils aus der damals bei einigen Rechtslehrern, wie z. B. Leiser (med. CXI § 7) herrschenden Ansicht hervorgegangen, daß die Pfändung als eine Art der Privatgewalt möglichst zu beschränken und nur ausnahmsweise zu gestatten sei. Dabei scheint Leiser fast wörtlich extrahirt zu sein, welcher sich also (ibid. § 1) ausdrückt: Si is, qui damnum patitur, alia ratione restitutionem ejus consequi non possit, e. g., si dominum pecoris, quod damnum dedit, ignoret, vel si is de fuga suspectus, aut in aliam remotiorem provinciam, in quam persecutio difficilis, abire paratus sit.

In seinem streng durchgeführten Systeme hat das ALR. von demjenigen Pfändungsrechte, welches nach deutsch-rechtlichen Begriffen als die Regel und als unbeschränktes Recht zur Wahrung des Grundbesitzes galt, nur solche einzelne Befugnisse aufrecht erhalten, welche der Privathülfe auch schon allgemein einzuräumen waren, ohne dabei auf die Zweckmäßigkeit der herkömmlichen Pfändung und auf die besonderen Gründe, welche gerade dieser Art der Selbsthülfe Eingang und Geltung verschafft hatten, gebührende Rücksicht zu nehmen. Da die auf dem vom ALR. betretenen Wege insoweit Provinzialrechte nicht dazwischentreten, vgl. ObTr. 6 S. 82, herbeigeführte Umwandelung und Zerstörung des altbewährten deutschen Rechts-Institutes der Pfändung schon bei Gelegenheit der allgemeinen Gesetz-Revision keine Billigung fand, vgl. die Mot. zum bürgerlichen Gesetzbuche, Thl. II. Sachenrecht, S. 533 ff.) und man sich überzeugte, daß durch das eigene Sicherungsmittel der Pfändung die Achtung für den Grundbesitz am sichersten erhalten werde, während es ohne dasselbe an einem überall wirksamen Schutze gegen rechtswidrige Eingriffe fehle, so lag es nahe, jenen Weg zu verlassen. Daß dies mit vollem Bewußtsein geschehen ist, erhellet aus dem Protokolle der Staatsraths-Kommission über die Berathung des Entw. der FPO. v. 11. September 1847, worin es wörtlich heißt: „die Kommission habe sich mit dem in sämmtlichen ständischen Gutachten als richtig anerkannten Prinzipe: durch Wiederherstellung des älteren deutschen Pfändungsrechtes ... die weniger zweckmäßigen Bestimmungen des ALR. zu modificiren, — einverstanden erklärt". (Vgl. die §§ 4, 5 und den Anh. der FPO.) Dabei erforderte die Regelung des Pfandgeldes, sowie der Kompetenz und des Verfahrens in Pfändungssachen eine besondere Fürsorge.

FPGesetze zuzustimmen, die überall einen unbefugten Eingriff in ein bestehendes, begründetes Recht voraussetzen.

Die Wirkung der Pfändung ist nach ALR. I 9 § 612 nicht die Unterbrechung der Verjährung, wo sie sich gegen den Eingriff in ein Recht richtet, wenn sie nicht der Besitz beseitigt, sondern nur die Erklärung des Protestes und unt. Umständen Herstellung der mala fides. Wo sie den Schadensersatz sichern soll, gewinnt der Pfändende ein Objekt seiner Befriedigung, § 439, das er aber abliefern muß, § 431, und nicht einmal dem Gepfändeten absolut vorenthalten darf, §§ 446 ff. Es kann deshalb nach LR. weder von einem Pfandrecht, noch von einem Zurückbehaltungsrecht im Sinne der §§ 536 ff. I 20 geredet werden. Vgl. RG. (Entsch. in

Das Pfandgeld, ursprünglich ein gemeinrechtliches Institut, wird von älteren Juristen als die Buße des altdeutschen Rechtes angesehen, welche nicht deshalb, weil gepfändet worden war, auch nicht etwa wegen der bloßen Uebertretung einer allgemeinen polizeilichen Vorschrift, sondern wegen der Verletzung seines Rechtes dem Privatmanne, welchem diese zugefügt war, entrichtet werden mußte. So sagt Mevius l. c. N. 11: Ad tria tenetur pignoratus, cujus animalia inclusa sunt, nempe 1. ad restitutionem damni, quod pecora in agro alieno dederunt; 2. ad alimenta iis praebita, dum fuerunt pignorata, et 3. ad emendam, den Pfandschilling. Hujus certa non est summa. In terris Saxonicis aliquando ad triginta, aliquando ad quadraginta solidos extenditur; alibi unus, ein Schilling, solvitur. Consuetudo regionis in ea re semper spectari debet; und Stryk l. c. § 15: non solum vero pignoratus repetiturus tenetur damni aestimationem praestare, sed insuper quoque emendam, den gewöhnlichen Pfandschilling.

Das ALR., welches aus den in der Schlußrevision (v. Kamptz Jahrb. Bd. 52 S. 21) von Suarez angegebenen Gründen in Betreff der Höhe des Pfandgeldes, die es ausnahmsweise im § 67 II 16 festsetzt, auf die Provinzialrechte verweiset (§ 439 I 14 und § 181 I 22) unterscheidet zwischen höherem und niederem, geringerem Pfandgelde, wobei durch Gewährung des ersteren möglichst eine besondere Schadensforderung mit den dadurch entstehenden Weiterungen abgewendet werden sollte (§§ 444, 445, 451, 459, 460 I 14 und §§ 183 - 185 I 22). Man übersah dabei, daß das Pfandgeld, wenn es darauf berechnet ist, zugleich den Schadensersatz zu decken, dadurch seine ursprüngliche Natur verliert und zu einer Privatstrafe wird, die in der Anwendung hart werden kann, wenn eben kein besonderer Schaden entstanden ist. Es müssen nothwendig Kollisionen entstehen, wenn dasselbe Pfandgeld, statt des Schadensersatzes und ohne Rücksicht auf einen zugefügten Schaden, soll gefordert werden können. (Vgl. die Gesetz-Rev. Pens. XIV. Mot. S. 69—70.) Dessen ungeachtet gingen die späteren V. für Ost- und Westpreußen v. 1. Mai 1803 (v. Rabe, Sammlung ꝛc. Bd. 7 S. 448, und Ges.-S. 1844 S. 105 § 8), für Südpreußen v. 18. Mai 1804 und für die Kurmark, Neumark und Pommern v. 8. April 1806 (v. Rabe, Bd. 8 S. 505) noch weiter, indem sie, nach Festsetzung des für jede Thierart besonders bestimmten hohen und niedrigen Pfandgeldes, wörtlich vorschrieben: § 4. Dieses Pfandgeld muß für jedes Stück Vieh erlegt werden, welches auf dem fremden Revier angetroffen wird, auch selbst in dem Falle, wenn keine Pfändung wirklich vorgenommen worden, sobald nur das Uebertreten geschehen und gehörig nachgewiesen ist. § 7. In der Regel ist unter dem oben festgesetzten Pfandgelde der Ersatz für den durch das übergetretene Vieh verursachten Schaden mit begriffen. Will aber der Beschädigte sich damit nicht begnügen, so steht ihm zwar frei, besonderen Schadensersatz, nach der Abschätzung vereideter Sachverständiger, zu fordern; er kann alsdann aber außerdem nicht das oben bestimmte hohe Pfandgeld, sondern nur das niedrige, und zwar auch nur für die wirklich gepfändeten Stücke Vieh verlangen.

Der neue Grundsatz, daß von jedem übergetretenen, wenn gleich nicht gepfändeten Stücke das Pfandgeld gefordert werden könne, war schon zum Theil in dem gedruckten Entw. zum Allgem. Gesetz-Buche vorgeschlagen, wurde aber angefochten und als unrichtig erkannt, weil bereits am 17. Oktober 1751 (Mylius nov. corp. const. pro 1751 p. 159) bestimmt worden, daß blos für die gepfändeten Stücke das Pfandgeld gefordert werden dürfe. (Ges.-Rev. Mot. Thl. II Sachen-

---

Strafsachen) 7 S. 302. Unbedenklich ist deshalb auch Erk. a., wonach ein Recht aus der Pfändung gegen den dritten Eigenthümer der gepfändeten Sache an der Sache für den Pfänder nicht entsteht, wenn dieser bei der Handlung, die zur Pfändung geführt hat, unbetheiligt ist, vgl. § 184 I 22. Modifizirt ist dies im § 74 der F. u. FPGes. für den Anspruch auf das Ersatzgeld, nicht für den auf Schadensersatz, vgl. § 185 I 22.

An die Pfändung knüpft das ALR., §§ 439, 451, den Anspruch auf das Pfandgeld, soweit es die Provinzialgesetze gestatten; es findet nach ALR. neben dem Schadensersatz und unabhängig von demselben statt. Seine rechtliche Natur ist nicht näher bestimmt, erhellt aber daraus, daß es neben den Schadensersatz tritt und auch ohne solchen im Falle des § 451 h. t. verfällt. Dadurch gewinnt es den Charakter einer Buße für die begangene Rechtsverletzung, vgl. § 445 h. t.,

recht S. 544.) Wilda glaubt, in den eben aufgeführten Verordnungen, in denen die Bestimmungen über das Pfandgeld den Mittelpunkt der Pfändungsanordnungen bildeten, habe dasselbe vorzüglich den Charakter einer Privatstrafe, was daraus sich erkläre, daß man in den betreffenden Distrikten von Alters her den Gebrauch der Entrichtung eines Pfandgeldes vorgefunden, dessen Größe nicht allein an den verschiedenen Orten sehr verschieden gewesen, sondern dessen Bedeutung man sich auch offenbar nicht gehörig zu erklären gewußt habe. Dies könne um so weniger Wunder nehmen, als über das Wesen des Pfandgeldes überhaupt, welches sich nur in einigen Gegenden von Deutschland, und zwar meist in den nordöstlichen, im Gebiete des sächsischen Rechtes, erhalten zu haben scheine, die unbestimmtesten und unklarsten Vorstellungen herrschten. Götze (Altmärk. Provinzialrecht Thl. I S. 114) meint, das sogenannte kleine Pfandgeld, worin nicht zugleich der Schadensersatz mit enthalten ist, werde dem Pfändenden für die Mühe des Abpfändens entrichtet; was wohl aus einer Verwechselung mit Pfandgebühren, die manche Gesetze den öffentlichen Pfändern, namentlich Forstbedienten, zuzubilligen pflegen, entstanden ist. Bornemann (Syst. Bd. 1 S. 439) weist auf die Abweichung jener Verordnungen von den Prinzipien des ALR. mit dem Bemerken hin, daß in Folge des neuen Grundsatzes der Pfänder sich mitunter ein höchst exorbitantes lucrum verschaffen könne. Dieser Gesichtspunkt kam im Jahre 1837 bei den Verhandlungen über das Märkische Provinzialrecht mit den ständischen Deputirten zur Sprache. Ein Mitglied der letzteren, der Justizrath Burchard, legte, unter Beifügung seiner Manualakten in drei Pfändungsprozessen, umständlich dar, daß die bezügliche Bestimmung der V. v. 8. April 1806 als ein modus acquirendi benutzt werde, dieselbe auch völlig inkonsequent erscheine. Denn Pfandgeld könne grundsätzlich nur dann gefordert werden, wenn wirklich gepfändet worden sei. Wo nicht gepfändet worden, könne nur Schadensersatz gefordert werden. In Betracht dessen wurde der Antrag auf Beseitigung jener Bestimmung in der Konferenz v. 30. November 1837 angenommen. Offenbar kann dieselbe zu Mißbräuchen und Unbilligkeiten führen, indem in Folge derselben der Verletzte, wenn er überhaupt irgendwie beschädigt worden, häufig weit mehr, als ihm an Schadensersatz wirklich gebührt, ohne daß er gepfändet zu haben braucht, durch die dennoch eintretende Gewährung des Pfandgeldes zu erhalten vermag. Mit Rücksicht hierauf wurde bei der Berathung der FPO. im Staats-Ministerium, um exorbitanten Forderungen und einem bloßen lucrum zu begegnen, vorgeschlagen, der Ansicht der Märkischen Deputirten entgegen, zwar das Pfandgeld für jedes übergetretene Stück Vieh, möge eine Pfändung wirklich vorgenommen sein oder nicht, entrichten zu lassen, dem Eigenthümer des Viehes aber den Beweis eines geringeren Schadens, als das hohe Pfandgeld betrage, nachzulassen. Dieser Vorschlag fand aber keine Billigung und auch die Staatsraths-Kommission dehnte, in der Erwägung, daß es darauf ankomme, weitläuftigen und kostspieligen Ausmittelungen des Schadens und oft schwer zu substantiirenden Entschädigungsforderungen vorzubeugen, das Verfahren über den Civilanspruch des Beschädigten zu vereinfachen und abzukürzen, auch bei der einfachen Gestaltung der Rechtsverhältnisse die Entscheidung über das Pfandgeld den Ortspolizeibehörden anzuvertrauen, — die Vorschriften der §§ 4 und 7 der oben genannten älteren Verordnungen auf alle Landestheile aus, in denen das ALR. gilt, wobei nur der letzte Satz des § 7 eine Modifikation erlitten hat (§§ 8, 11 FPO.).

Was die Kompetenz und das Verfahren in Pfändungssachen anlangt, so unterscheidet das ALR., je nachdem die Pfändung wegen zugefügter Beschädigung oder

---

die dementsprechend fortfällt, wenn z. B. im Falle des § 179 I 22 die Einfriedigung oder Grenzbezeichnung fehlt, zu der der Pfändende verpflichtet war, § 18 ff. I 6; StrA. 47 S. 228; vgl. § 14 Abs. 2, 3 F. u. FPGes.

Wesentlich modifizirt (vgl. Erk. b.) wurden die Bestimmungen des ALR. durch die FPO. v. 1. Nov. 1847 und demnächst durch das F. u. FPGes. v. 1. April 1880, früher schon bei Waldstreuberechtigungen durch die V. v. 5. März 1843 § 8. Beide beziehen sich aber nur auf die Pfändungen im Falle des Uebertritts von Weidevieh auf fremde Grundstücke und die Pfändung von Vieh beim unbefugten Gehen, Fahren, Reiten, Viehtrieb über Ländereien ꝛc. im Falle der §§ 10, 14 des Ges. u. des § 368 Nr. 9 StGB. Durch die FPO. wurden für diese Fälle die §§ 413—417, 425, 428, 429, 431—436, 438—457 h. t. beseitigt,

zum Schutze gegen künftige Beeinträchtigungen vorgenommen worden ist. Im ersteren Falle muß das kompetente Ortsgericht den Schaden sofort untersuchen und abschätzen, auch den gegenwärtigen oder in der Nähe befindlichen Gepfändeten dazu vorladen. Meldet sich derselbe nicht, auch nicht binnen drei Tagen nach der Abschätzung, so wird das Pfand versteigert und die Loosung zur Befriedigung des Pfänders verwendet (§§ 433—445 I 14). Meldet er sich und widerspricht der Rechtmäßigkeit der Pfändung, so muß er zum rechtlichen Gehör verstattet werden, wobei aber das Gericht des Ortes, wo die Pfändung vorgenommen ist, für alle daraus entstehenden Streitigkeiten als kompetentes Forum gilt (§§ 446—450). Im zweiten Falle hat der Richter des Pfändungsortes die Parteien nur summarisch zu vernehmen, beziehentlich die Rückgabe der Pfänder, gegen Ertheilung einer Recognition über die erfolgte Pfändung, zu bewirken, während darüber, ob dem Pfändenden das prätendirte Recht wirklich zustehe und zur Sicherung gegen künftige Beeinträchtigungen dieses Rechtes die Pfändung nothwendig gewesen sei, derjenige Richter zu entscheiden hat, welcher in dem Streite über das vermeintliche Recht des Pfänders an sich kompetent ist (§§ 451—457). Hiernach war also, der Regel nach, das ganze Pfändungsverfahren in die Hände des Richters an dem Orte gelegt, wo die Pfändung vorgenommen worden. Dies führte, da die meisten Pfändungen auf dem platten Lande oder in kleinen Ackerstädten vorfallen, bei der früheren Patrimonialgerichts-Verfassung mancherlei Uebelstände mit sich, weshalb das Westpreußische Untergerichts-Reglement v. 20. August 1802 § 2 lit. i. alle Pfändungssachen, insofern der Beschädigte sich mit dem Pfandgelde begnügt und nicht besonderen Schadensersatz fordert, an die Polizeibehörden, in Bauerdörfern an die Dorfgerichte wies; anderen Falles sollte die Kognition der Gerichte eintreten, den Polizeibehörden aber auch dann die Schadensermittelung verbleiben; und gleiche Bestimmungen traf das Reglement für die Untergerichte im Bromberg'schen Departement v. 22. April 1806 § 2 lit. h. (N. C. C. de 1806 S. 74). Bornemann (Syst. Bd. 1 S. 439—440 Anm. *) erachtet es für zweckmäßig, wenn eine ähnliche Anordnung für den ganzen Preußischen Staat getroffen und sogar noch weiter gegangen würde, indem man die Regulirung der Pfändungssachen den Polizeiobrigkeiten oder den Dorfgerichten, insofern deren Mitglieder oder die ganze Gemeinde nicht dabei interessirten, unbedingt überwiese und nur in Fällen, wo der Betrag dessen, was der Gepfändete zahlen müsse, eine gewisse Summe überstiege, die Provocation auf rechtliches Gehör verstatte.

Nun läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß die Ortspolizeibehörde meist geeigneter zur Behandlung des Pfändungsstreites und zur Ergreifung der Maßregeln ist, welche damit unmittelbar in Verbindung stehen, als das Ortsgericht. Alle diese Maßregeln, wie die Abschätzung des etwanigen Schadens, der Verkauf der Pfandstücke, die Aussonderung und die Rückgabe überflüssiger Pfandstücke, die Abmessung der erforderlichen Kaution u. s. w., erfordern nicht allein ein ungesäumtes Einschreiten, wie es in den wenigsten Fällen durch den kompetenten Richter möglich ist, sondern auch eine mit der Qualifikation für sachverständige Beurtheilung nothwendig verbundene, unmittelbare und persönliche Kenntniß der Verhältnisse, z. B. der Grundstücke, der Fruchtbestellung. In Betracht dessen und da die erwähnte Bestimmung des Westpreußischen Untergerichts-Reglements schon durch die ACO. v. 1. April 1839 auf die ganze Provinz Preußen ausgedehnt worden war, ist in der FPO. der Pfändungsprozeß in den gewöhnlichen, einfachen, mehr polizeilich und summarisch abzumachenden Fällen zum Ressort der Polizeibehörde, dagegen in folgenden Fällen zum Ressort der Gerichte gewiesen:

---

namentlich die beschränkenden §§ 415, 416 h. t. unanwendbar. Durch das Ges. v. 1. April 1880 ist darin nichts geändert. Vgl. §§ 67 ff., 77 ff., § 96 Nr. 2 das. Das Erk. b trifft auch für das Ges. v. 1. April 1880 zu, Erk. a. nur mit der eben erwähnten Modifikation. Das Pfandgeld (Ersatzgeld) ist von der Pfändung und der Existenz eines Schadens nicht abhängig, tritt ein, wenn das Vieh auch nur übergetreten, ohne zu weiden, wie dies schon für die FPO. in ObTr. 31 S. 402 (StrA. 19 S. 295); ObTr. 37 S. 108, 116; StrA. 47 S. 228 angenommen war, wird aber nicht neben dem Anspr. auf Schadensersatz zugelassen und durch Verschulden des Berechtigten ausgeschlossen, § 14 Abs. 2, 3, § 69 Abs. 2, § 77. Aus § 69 Abs. 4 folgt, daß das Ersatzgeld regelmäßig nur einmal geschuldet wird, vgl. §§ 12, 13 FPO., bei

1. wenn von Seiten des Gepfändeten oder Verklagten der Rechtmäßigkeit der Pfändung oder der Forderung des Pfandgeldes aus dem Grunde widersprochen wird, weil er ein Recht zu der von ihm vorgenommenen Handlung behauptet, indem dann der Begriff einer Beschädigung und Kontravention fortfallen würde, so daß über den Einwand ein civilrechtliches Verfahren in petitorio oder auch, — wie bei der Berathung ausdrücklich hervorgehoben worden, — in possessorio einzuleiten bleibt;
2. wenn es dabei nicht blos auf Pfandgeld (Privatstrafe) und Kosten, sondern auf besonderen Schadensersatz abgesehen ist und hierdurch ein rein civilrechtliches Verfahren nebst einer vollständigen und daher auch weitläuftigeren Rechtserörterung vom Beschädigten oder Verletzten provocirt wird (§§ 57, 58).

Tritt man nunmehr den Argumenten des vorliegenden Appellationsurtels im Einzelnen näher, so verkennt dasselbe neben der den Charakter einer Delikts- und Schadensersatz-Klage an sich tragenden Natur der Pfandgeldklage, welche namentlich auch in der dreimonatlichen Verjährungsfrist (§ 46 Abs. 2) hervortritt, daß diese Klage dem durch das Uebertreten allein schon Verletzten oder Beschädigten gegen jeden Eigenthümer oder Besitzer des übergetretenen Viehes zusteht (§§ 8, 11, 12, 13, 17, 20, 33, 46, 57, 58, 60, 63 FPO.). Es verhält sich in dieser Beziehung nicht anders, wie nach gem. R. Permissum est cuilibet pignorare ob damnum sibi datum, sagt Mevius a. a. O. Omnem illum, ad quem damnum datum spectat, pignorando damnum a se avertere posse, bemerkt Stryk l. c.; und die älteren Praktiker haben daher gar kein Bedenken, daß die Pfändung selbst gegen den Eigenthümer des Grundstückes geübt werden kann, sowie daß umgekehrt der Eigenthümer den Servitutberechtigten pfänden darf, wenn dieser die Grenzen seines Rechtes überschreitet, z. B. eine zu große Zahl Vieh oder krankes Vieh auftreibt, oder zu unrechter Zeit die Weide gebrauchen will. Erwähnt doch Scheplitz consuet. Marchicae pag. 668 schon eines Urtels des Kammergerichtes vom Jahre 1595, wonach die Unterthanen ihre Junker pfänden konnen: quod etiam subditus animal vel pecus domini ob pauperiem sibi factam pignorare possit. —

Hiernach erweiset sich der Hauptabweisungsgrund des vorigen Richters als ein der FPO. widerstreitender. Wenn derselbe außerdem, darauf Gewicht legt, daß Verklagter die fragliche Wiese opinone juris in Besitz genommen habe, so läßt er außer Acht, daß der Sachbesitz ihm vor, wie nach, ungeachtet des an der Wiese bestellten Nutzungsrechtes, verblieben ist, so daß eine Aenderung nur mit der herbeigeführten Beseitigung des unvollständigen Besitzes des Nutzungsberechtigten, resp. des Stellvertreters desselben — des Klägers — hätte erfolgen können; welche Beseitigung indessen von dem App.-Richter ganz und gar nicht unterstellt wird. Daß es endlich darauf durchaus nicht ankommt, ob das geforderte Pfandgeld mit dem Nutzungswerthe der beregten Wiese im Mißverhältnisse stehe, erhellt aus der obigen Darlegung, indem das Pfandgeld nach dem § 11 der FPO. zwar, sofern der Verletzte sich dabei beruhigen will, die Stelle des Schadensersatzes vertritt, keineswegs aber von der Höhe des angerichteten Schadens abhängig und in der Eigenschaft als Privatstrafe selbst dann verwirkt ist, wenn überhaupt durch das Uebertreten ein Schaden nicht erwachsen sein sollte (vgl. ObTr. 31 S. 402—405, 37 S. 116—117, StrA. 19 S. 295).

In der Sache selbst bedarf es mit Rücksicht darauf, daß, in Ermangelung ander-

---

mehreren gleichzeitig Berechtigten von Jedem geltend gemacht werden kann, so daß dadurch der Anspruch des Mitberechtigten elidirt wird. So ObTr. 37 S. 108 für die FPO. In StrA. 46 S. 317 ist für die FPO. ausgeführt, daß bei mehrmaligem Uebertreten von Vieh das Pfandgeld (Ersatzgeld) nur ein Mal verwirkt, wenn das wiederholte Uebertreten nur ein fortgesetztes Handeln. Näher geregelt ist durch das Ges. v. 1. April 1880 das Verfahren, das früher nach der FPO. zu Kontroversen Anlaß gegeben hatte, vgl. ObTr. 31 S. 310.

Die Wirkung der Pfändung ist keine andere als nach ALR. §§ 78 ff.

Soweit das F. u. FPGes. v. 1. April 1880 nicht Anwendung findet, ist es bei den Bestimmungen des ALR. verblieben, § 96 Nr. 2, namentlich also für die Pfändung beim Fischen, auch § 189 I 9 u. § 67 II 16.

weitiger Konstituirung, das Nutzungsrecht mit Einschränkung zum Besten des Eigenthümers aufzufassen sein würde (§§ 15—19 I 19, §§ 31—89 I 22 ALR.) der näheren Ermittelung in Betreff der Bestellung jenes Rechtes.

Funfzehnter Titel.

Nr. 252. §§ 1—5, 42, 43, 54 (I 2 §§ 137, 138); I 7 §§ 181, 182—183; 8 § 23; 10 § 7; 19 § 14; AGO. I 32 § 2; EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 1, 7. Die Verfolgung des Eigenthums. Vindikation, Negatoria u. Konfessoria. Allgemeines. Ausschließung der vindic. Objekt. Vindikation von Forderungen. Die Kollision der Gesetze. Oertliches Recht.*)

a. Erk. v. 26. Febr. 1866; ObTr. 56 S. 121 (StrA. 62 S. 164).
b. Erk. v. 7. Jan. 1868; StrA. 69 S. 273.

Im Falle a. war für den Kläger eine Hypothek eingetragen und ein Theil derselben für den Beklagten auf Grund einer nicht vom Kläger, sondern von einem Dritten unter seinem Namen betrüglich erklärten gerichtlichen Cession umgeschrieben. Kläger verlangte Verurtheilung des Bekl. zur unentgeltlichen Abtretung der Theilhypothek oder Anerkennung der Ungültigkeit der Cession, wogegen Bekl. namentlich geltend machte, dass er redlicher Erwerber und nur zur Cession gegen Erstattung der von ihm gezahlten Valuta nebst Zinsen und Cessionskosten verpflichtet. Der 2. Richter verurtheilte nach dem Klageantrage, weil die Vorschriften in I 15 auf Aktiva nicht anwendbar, die bona fides nur für die Einreden des deb. cessus von Einfluss, §§ 423, 424 I 11. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. war der Klägerin Ehefrau R. durch G. ein Sparkassenbuch gestohlen, ein Theil durch G. erhoben, das Buch dann bei dem Beklagten, einem koncessionirten Pfandleiher, erst für 20 Thlr. verpfändet, dann für den Betrag, auf den das Buch noch lautete, cedirt. Die Klägerin klagte auf Herausgabe des Buchs und Zahlung der angeblich vom Bekl. darauf selbst erhobenen 30 Thlr. Der 2. Richter verurtheilte ohne Weitres, das ObTr. vernichtete, hielt die Entscheidung in der Sache selbst aber aufrecht, weil Bekl. unredlicher Besitzer.

Gründe: a. Der App.-Richter geht richtig davon aus, daß das Eigenthum einer Forderung nicht durch körperliche Uebergabe, sondern durch den Cessionsakt erworben werde und daß nur der Eigenthümer das Recht durch Cession wirksam übertragen könne, und daß daher Verklagter von einem Nicheigenthümer, der sich fälschlich als Eigenthümer ausgegeben, das Eigenthum der cedirten Forderung nicht rechtsgültig erworben. Er hält aber weiter den Verklagten für verbunden, dies anzuerkennen, und spricht ihm das Recht auf Erstattung der Valuta cessionis, der Cessionskosten, nicht nur ab, sondern verurtheilt ihn zur Ausstellung der Cession an Kläger auf seine Kosten, weil die Vorschriften in I 15 ALR. auf Forderungen keine Anwendung fänden, es sich von seiner bona fides nicht handle, weil der Verklagte gar nicht Besitzer sei. Die bona fides komme bei Cessionen nur rücksichtlich der Einwendungen (§§ 423, 424

---

*) Vgl. Windscheid 1 §§ 192, 193; Dernburg, Pandekten 1 §§ 224 ff., Preuß. Privatr. 1 §§ 160, 188, 245, 246; § 243; Förster (Eccius) 3 §§ 180, 168; Stobbe, deutsches Privatr. 2 § 76, § 96, §§ 146, 147. — Die §§ 1 ff. h. t. enthalten, insoweit

I 20 ALR.) zur Sprache, immer müsse eine wirkliche Cession, d. h. von dem wahren Eigenthümer vorliegen, wie hier nicht der Fall. Der Verklagte sei betrogen, habe aber kein Eigenthum erworben und müsse es dem Eigenthümer herausgeben, und zwar auf seine Kosten und unentgeltlich, da Kläger zu dem Ersatz des Gegebenen und Kostentragung nicht verpflichtet sei.

Diese Ausführung ist mit Recht als rechtsgrundsätzlich falsch angegriffen. Das ALR. hat an Forderungsrechten, welche entweder durch Eintragung dingliche Natur erlangt haben, oder welche eine dauernde Natur, nicht eine durch einmalige Erfüllung vorübergehende haben, einen durch Besitzklage zu schützenden Besitz anerkannt. cfr. Erk. ObTr. 35 S. 387; StrA. 47 S. 80.*) Es erkennt ferner an, daß auch Forderungen, Rechte, zu den beweglichen Sachen gehören, und daß der Begriff des Eigenthums auf sie Anwendung findet (ALR. I 8 § 1), eben deshalb ist die Lehre von den Cessionen im Tit. 11 von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums durch Verträge unter Lebendigen aufgenommen, und sprechen die §§ 376, 393 I 11 von dem Eigenthume des Rechts, der Forderung. Es findet allerdings bei rein persönlichen Forderungsrechten eine Uebergabe nicht statt, wenngleich der Besitz des Instruments nicht ohne Einfluß ist (§§ 394 ff. l. c.). Bei Schuldinstrumenten auf den Inhaber ist aber eine Cession unnöthig, die Uebergabe des Instruments bewirkt den Uebergang des Eigenthums (§ 401 l. c.). Auch ist unzweifelhaft ein Pfandbrief, wie eine andere lettre au porteur, Gegenstand der Vindikation und dasselbe gilt von einer Hypothekenforderung, zu deren gültiger Uebertragung nicht die Eintragung einer Cession, wohl aber eine schriftliche Cession unter Aushändigung des Hypotheken-Instruments gehört. Das Eigenthum zumal an der dinglichen radizirten Forderung kann gegen jeden Anmaßer des Eigenthums

---

*) Erk. b. Nr. 139a., Bd. 1 S. 653 u. ObTr. 48 S. 1; StrA. 47 S. 79, daselbst S. 653.

---

mit dem Röm. R. übereinstimmend, den Grundsatz der absoluten Vindikabilität, der in den §§ 25, 26 h. t. in theilweisem Anschluß an bekannte Grundsätze des Lübischen Rechts nur modifizirt ist durch die Einlösungspflicht des Eigenthümers dem redlichen entgeltlichen Erwerber gegenüber. Der Grundsatz ist wesentlich bereits in den §§ 137, 138 I 2 ausgesprochen, wonach jedes dingl. R., so lange es dauert, gegen jeden Inhaber und Besitzer oder Eigenthümer verfolgt werden kann, also auch das stärkste dingl. R., das Eigenthum. Der Satz des § 137 I 2 umfaßt die vindic., negatoria und confessoria des Röm. R., welche das Preuß. R. äußerlich nicht so scharf trennt, wie das Röm. R., deren innerer Unterschied aber auch für das Preuß. R. erheblich. Die Grundsätze der vindic. in den §§ 1 ff., 24 ff. h. t. finden nur Anwendung, wo das Eigenthumsobjekt von dem besitzenden Nichteigenthümer restituirt werden soll, die neg., wo das Eigenthum gegen den geltend gemacht wird, der ein neben dem Eigenthum bestehendes, es beschränkendes Recht, das in seinem Ergebniß nicht zur Aufhebung des Eigenthums führt, in Anspruch nimmt, § 181 I 7; § 23 I 8; §§ 10, 14 I 19, die confessoria, wo es sich um dingl. Recht andrer Art, als Eigenthum, um dingl. Recht auf eine fremde Sache, handelt. Der Unterschied zwischen vindic. u. conf. ist im Preuß. R. verdunkelt dadurch, daß § 3 h. t. in Folge und in Uebereinstimmung mit der weiten Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs anscheinend die vindic. des Rechts der vindic. der (körperlichen) Sache gleich behandelt. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß die conf. u. vind. rechtlich identisch; das ist nach Preuß. R. so wenig wie nach Röm. R. der Fall; auch nach Pr. R. schließt die res jud. auf vindic. die nachfolgende conf. nicht aus. Auf die conf. finden die §§ 25, 26 h. t. ebensowenig Anwendung wie auf die negatoria. Vgl. den die praktische Bedeutung klarstellenden Fall StrA. 90 S. 154 unt. Nr. 254b.

Der Grundsatz des § 137 I 2, § 1 h. t. greift nach ALR. durch, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, gestohlenem und anvertrautem Gut. Die Vindikabilität fällt nur mit dem Eigenthum fort. Ausnahmen davon bilden auch die in § 138 I 2 angezogenen §§ 42 ff. h. t. nicht, ebensowenig wie die Art. 306 ff. HGB. und §§ 54, 55 h. t.; insofern in allen diesen Fällen eben das Eigenthum verloren, bez. vom Besitzer erworben ist, auch ohne daß sein Auktor es hatte. Ausgeschlossen ohne Verlust des Eigenthums wird die vindic. nur durch die Verjährung, vgl. Nr. 254a., abgesehn von dem be-

verfolgt werden (§ 3 I 15 ALR.), und es unterliegt keinem Bedenken, die Grundsätze der §§ 1 ff. I 15 auch bei solchen Forderungsrechten, welche eines Besitzes im Sinne des ALR. fähig sind, anzuwenden. Dazu gehören aber jedenfalls hypothekarisch gesicherte Forderungen, wie denn der in Anspruch genommene auch, wie im vorliegenden Falle, Scheineigenthümer und Besitzer der Hypothekenforderung geworden ist. Die Grundsätze des Tit. 15 über die Wirkungen der Vindikation gegen den unredlichen und den redlichen Besitzer finden auch auf solche hypothekarische Forderungen Anwendung, wie schon daraus folgt, daß die Vindikation für nicht außer Cours gesetzte Papiere auf den Inhaber nur beschränkt zulässig ist, wohl aber unbedingt, wenn sie außer Cours gesetzt sind, und es ist unzweifelhaft auch die Vindikation eines Wechsels statthaft, sowie jedes Schuldinstruments, das den Begriff des Eigenthums anwendbar erscheinen läßt. Es ist nicht im mindesten zweifelhaft, daß der Vindikant einer Forderung, insbesondere der Hypothekenforderung, sich auch die Einwendungen entgegenstellen lassen muß, welche dem Vindikanten einer Sache im engeren Sinne entgegenstehen. Es ist nicht einzusehen, warum der redliche Erwerber einer Hypothek, der selbst betrogen ist, nicht die Einwendung aus dem redlichen Besitze soll entgegenstellen können, welche § 26 I 15 gewährt. Die bona fides und die fides publica ist nicht blos in den Fällen der §§ 423, 424 I 20 ALR., wie der App.-Richter vermeint, zu schützen. Giebt es überhaupt einen Besitz an Rechten (§§ 5 ff. I 7 ALR.), so müssen die Grundsätze von der bona fides auch bei ihnen Geltung haben. Der redliche Besitzer der Hypothekenforderung muß dem Eigenthümer zwar weichen, aber er hat ein Recht, sich auf § 26 I 15 zu berufen. Eben deshalb hat auch das Erk. v. 11. April 1856 ObTr. 32 S. 75*) die bona fides bei Vindikation eines gestohlenen

*) Unt. Nr. 253.

---

sondren Fall, wo ohne Eigenthumsverlust die Sache extra commerc. gekommen und das Eigenthum nicht geltend gemacht werden kann, ohne die Bestimmung der Sache aufzuheben, §§ 74, 95 Einl. Einen Fall dieser Art behandelt ObTr. 75 S. 154 (StrA. 95 S. 63). Der Kreis baute mit Enteignungsrecht eine Chaussee für den freien Verkehr und hatte dazu eine dem A. gehörige Landparzelle verwendet, die A. ihm ohne Enteignung verkauft und übergeben hatte. A. focht den Vertrag wegen wesentlichen Irrthums im Gegenstande an und verlangte Restitution seines Landes, wurde aber gegen beide Instanzen abgewiesen, weil, wenn auch sein Eigenthum nicht untergegangen, Privateigenthum auch an öffentl. Wegen nicht ausgeschlossen, doch das Verlangen auf Herausgabe durch die Verwendung des Landes zum öffentl. Wege ausgeschlossen, da es dadurch res publ. geworden, soweit und so lange es zum öffentl. Gebrauch bestimmt, der Verfügung entzogen, I 4 § 15; II 15 §§ 2, 7, 8; 14 §§ 24—26. Vgl. zu II 15 und das auf gleichem Grunde beruhende RG. 4 S. 279 unt. Nr. 210, Bd. 2 S. 219, 220. Solcher Fälle lassen sich noch andre konstruiren. (Verwendung zu Begräbnißplätzen, Kirchen u. a.).

Der § 42 h. t. (§ 43 ist obsolet) enthält danach wie die §§ 45 ff. h. t. u. die Art. 306 ff. HGB. eine Bestimmung eher über den Eigenthumserwerb als über die vindic., deren Ausschließung aus dem Eigenthum des Besitzers folgt, nicht aus andrem, besondren Grunde. Der § 42, der unter öffentlicher, eine Versteigerung durch dazu berufene, bestellte Behörden, Beamte oder obrigkeitlich autorisirte Personen, unter obrigkeitlicher Autorität und der vorgeschriebenen öffentl. Bekanntmachung, § 349 Nr. 1 I 11, versteht, — vgl. Nr. 209a., Bd. 2 S. 212 OHG. 19 S. 273 (Fürstl. Hohenzollernsches Privatrentamt); 14 S. 330; 16 S. 92 (öffentl. Lokal genügt nicht); 20 S. 23; CPO. §§ 717 ff.; AGO. I 24 §§ 79—85, — bezieht sich übrigens nur auf die Auktion beweglicher Sachen, wie in Präj. 2614; ObTr. 30 S. 69, aus § 12 I 52 AGO., §§ 6, 7, 15 SubhV. v. 4. März 1834 u. § 54 h. t. näher dargelegt. Zwischen redl. u. unredl. Erwerber wird hier ebenso wie in § 54 h. t. nicht geschieden, wodurch aber nicht ausgeschlossen, daß dem Eigenthümer gegen den Dolosen, grob fahrlässigen Erwerber ein Schadensanspruch zusteht. Vgl. RG. 1 S. 164 unt. Nr. 128, Bd. 1 S. 592 u. unt. Nr. 209, Bd. 2 S. 207 für den rechtlich gleichstehenden Fall des Eigenthumsverlustes in Folge Präklusion nach ergangenem Aufgebot in der Subhastation, § 54 h. t.

Gegenstand der Vindikation sind nach §§ 1 ff. alle Sachen, bewegliche und unbewegliche. Das ALR. behandelte die Vindikation unbeweglicher Sachen grundsätzlich nicht anders,

Pfandbriefs berücksichtigt, und das Erk. v. 12. Dez. 1851 dies auch bei Cessionen von ausstehenden Forderungen anerkannt, ObTr. 22 S. 125. In dem Erk. v. 11. Nov. 1859, ObTr. 42 S. 93 ff. ist auch die Anwendbarkeit der §§ 25, 26 I 15 auf Hypothekenforderungen gerechtfertigt, namentlich gemäß §§ 55, 56 I 50 AGO. und § 3 I 15 ALR. und den allegirten Vorerkenntnissen. Anerkannt ist dieses Recht des bonae fidei possessor auch im § 13 des Anfechtungsgesetzes v. 9. Mai 1855. Demgemäß, entsprechend dem Geist des ALR. und dessen ratio legis, ist allerdings anzunehmen, daß der Verklagte, wenn er bona fide die Hypothek erworben, sich auf § 26 I 15 berufen darf. Richtig ist zwar, daß Verklagter nicht Eigenthum erlangt hat, da der Cedent nicht der Eigenthümer der Forderung war; daraus folgt aber nicht, daß er die Cession unentgeltlich und mit Verlust seiner Auslagen und Kosten leisten müsse. Der App.=Richter hat daher allerdings gegen obige Grundsätze, insbesondere die §§ 1, 3, 25—27 I 15 verstoßen, und ohne daß es daher auf die weiteren als verletzt bezeichneten Vorschriften ankommt, mußte das App.=Erkenntniß vernichtet werden.

Es ist dann weiter ausgeführt, daß der Verklagte nicht unredlicher Erwerber der Hypothekenforderung, vielmehr als redlicher Erwerber anzusehen sei, daß er aber weder Erstattung der Eintragungskosten, noch der Zinsen der Cessionsvaluta fordern könne, und daß es daher nur auf Ermittelung dessen ankomme, was Verklagter durch Baarzahlungen und Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt dem Cedenten gegeben.

Gründe: b. Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem System des ALR., abweichend vom Röm.R., auch blos persönliche, obligatorische Rechte, sofern sie zweifellos durch Cession zum Eigenthum erworben und übertragen, beziehungsweise verpfändet werden können, der Gegenstand eines dem Eigenthum adäquaten Besitzes cum animo sibi habendi seinen können. Unzweifelhaft muß diese Frage in

---

als die der beweglichen; inwiefern darin durch die neuere Gesetzgebung eine der Behandlung des Immobiliarsachenrechts im Deutschen R. ähnliche Aenderung durch das EigenthGes. v. 5. Mai 1872 eingetreten, vgl. Nr. 256. Da nach § 7 I 2 auch Rechte zu den beweglichen Sachen gehören und § 1 I 8 vom Eigenthum auch an Rechten spricht, § 3 h. t., die Verfolgung des Eigenthums eines Rechts gegen den Anmaßer neben der Vindikation der Sache behandelt, konnte für das Pr. R. die Auffassung entstehn, daß die Grundsätze vor der Vindikation auch auf die Verfolgung von Forderungen gegen den unberechtigt als Gläubiger Auftretenden anzuwenden, namentlich der Grundsatz von dem Recht des redl. Erwerbers auf Einlösung. Unt. Nr. 33, Bd. 1 S. 120, Nr. 139a., Bd. 1 S. 651, Nr. 211a., Bd. 2 S. 252, ist aber bereits hervorgehoben, daß die Preuß. Praxis in der Identifizirung von Sache und Recht nie soweit gegangen ist, Besitz und Eigenth. auch bei blos persönlichen Forderungsrechten anzunehmen, bei denen eine dem körperl. Besitz adäquate physische Macht gegenüber und getrennt von dem Recht selbst nicht denkbar. Nur wo letztres möglich, und von einer im Zweckgedanken der vindic. liegenden Restitution geredet werden kann, ist die Anwendung der Grundsätze der §§ 1 ff., 24 ff. h. t. möglich. Danach wird man die dingliche Klage zum Schutze eines negativen Rechts, eines Realrechts, eines subjektiv und objektiv oder auch nur objektiv dingl. Rechts als Eigenthumsklage im weitren Sinne unter den § 3 h. t. bringen können, und die Praxis hat dies auch z. B. bei Verfolgung eines Fischereirechts gegen den dritten Störer, der eingegriffen und das Recht bestreitet, ObTr. 57 S. 20 (StrA. 62 S. 114), Erk. c. Nr. 161, Bd. 1 S. 840 u. ObTr. 71 S. 152, bei der Klage auf Anerkennung eines Real=Schankrechts (§§ 7, 10, 48 GewO.), und in dem oben erwähnten Falle StrA. 90 S. 154 (Ersatzförderungsrecht) gethan. In letztrem Falle läßt das ObTr. unentschieden, ob die Klage als vind. oder conf. aufzufassen, lehnt aber die Anwendung der §§ 25, 26 h. t. ab, weil es sich nicht um Restitution handelte, die vindic. oder conf. die Natur der neg. hatte. Als wirkliche vindic. mit Einlösungspflicht gegen den redl. Besitzer behandelt das Erk. a. Nr. 254 b. den Fall der vind. eines Schafhude= und Pferchrechts und ähnlich konnte der Fall der vindic. eines Kirchenstandes im Erk. b. Nr. 253 sich gestalten; in beiden Fällen verbindet sich körperlicher Besitz und Restitutionsmöglichkeit mit dem Recht. Weiter gehn die Erk. a. u. b., indem sie die Grundsätze von der vindic. gegen den redl. Erwerber auf Hypotheken, Erk. a., und auf alle Forderungsrechte anwenden, bei denen dadurch, daß sie verbrieft, in dem Besitz

den Fällen bejaht werden, in denen über das abgetretene persönliche Recht schriftliche Urkunden, Verbriefungen, Schuldscheine, Wechsel oder ähnliche Dokumente existiren, von deren Besitz, dem Schuldner gegenüber, die Ausübung des Rechts bedingt ist (§ 395 I 11, § 281 I 20 ALR.; V. v. 9. Dez. 1809), die daher recht eigentlich als Träger und Repräsentanten des cedirten resp. verpfändeten Forderungsrechts anzusehen sind, an denen ein Sachbesitz möglich und vom Besitze des Forderungsrechts, sei es der vollständige des Cessionars oder der unvollständige des Pfandnehmers, I 20 § 117, vgl. I 7 §§ 169 ff., untrennbar ist. Hiervon ausgegangen, kann es aber keinem Bedenken unterliegen, daß für den Erwerb resp. die Cession und Verpfändung solcher Forderungsrechte die Grundsätze der §§ 4 ff. I 15 ALR., insbesondere die Bestimmungen der §§ 24 ff. ebendaselbst von dem Einfluß der bona fides in der Redlichkeit des Besitzes auf Seiten des Erwerbers demjenigen gegenüber in Anwendung kommen müssen, der als wahrer Eigenthümer gegen den Erwerber die Gültigkeit der Uebertragung durch Cession oder Verpfändung anficht und das Objekt der Cession resp. Verpfändung als aus ungültigem Titel erworben reklamirt. Es stimmt hiermit die Entsch. StrA. 62 S. 166, 167*) überein, die zwar nach der Beschaffenheit des dort dijudizirten Falles nur die durch Betrug bewirkte Cession einer Hypothekenforderung Seitens des Nichteigenthümers zum Gegenstande hat, in der Allgemeinheit ihrer Motive aber sich der vorstehenden Rechtsentwickelung völlig anschließt. Daß Sparkassenbücher die rechtliche Natur eines Schuldscheins über die in die Sparkasse eingelegte Geldsumme haben, daß sie daher, ihrer Natur nach, zu den Schuldurkunden der oben bezeichneten Art zu rechnen sind, die Forderungsrechte bestimmter Eigenthümer und Gläubiger repräsentiren, daß sie insbesondere zu den

---

*) Erk. a.

---

der Urkunde ein Besitz der Forderung selbst denkbar, Erk. b. Die Begründung des Erk. b. geht so weit, daß sie konsequent zur vindic. jeder persönlichen Forderung führt, über die ein Schuldschein ausgestellt, wenigstens deuten die Allegate § 395 I 11, § 281 I 20 darauf hin, während andrerseits die Betonung, daß das Dokument „Träger und Repräsentant der Forderung" zu der Beschränkung auf Order- und Inhaberpapiere mit Ausschluß der bloßen Legitimationspapiere führen müßte. Aus Erk. a. folgt nothwendig seine Anwendung auch auf Grundschuldbriefe. Das im Erk. a. zitirte ObTr. 32 S. 75 unt. Nr. 253 paßt insofern nicht, als es sich in diesem Falle um Vindikation eines gestohlenen Pfandbriefs handelte, dessen Eigenschaft als Inhaberpapier und als Sache im engeren Sinne, Nr. 33, Bd. 1 S. 120, ebenso außer Frage steht, wie daß die Grundsätze vom Eigenthumserwerb und der Eigenthumsverfolgung auf solche Papiere anzuwenden, §§ 45, 47 h. t.; HGB. Art. 307. In dem außerdem angezogenen ObTr. 22 S. 123 handelte es sich nicht um Vindikation, sondern um die Anfechtung der Cession einer Forderung, die A. an B., B. demnächst an die verehel. A. cedirt und die nach Eröffnung des Konkurses über A. der Kurator auf Grund § 55 I 50 AGO. als ungültig angriff. Zur Auffassung solcher Klage als vindic. konnte die Bezugnahme des § 56 I 50 AGO. auf die §§ 25 ff. h. t. bei Verfolgung gegen einen dritten Besitzer führen, was jetzt durch § 11 Ges. v. 21. Juli 1879 u. § 33 KonkO. ausgeschlossen. Gleichwohl werden die §§ 55, 56 I 50 AGO. auch in ObTr. 42 S. 90 benutzt, um die Anwendung der §§ 1, 3, 25 ff. h. t. auf einen dem Fall im Erk. a. ähnlichen Fall zu begründen. Für A. stand eine Hypothek eingetragen, die nach seinem Tode von seinem Sohn und testamentarischen Erben cedirt und durch mehrere Hände endlich an den Beklagten B. gelangte. Inzwischen war ein bis dahin unbekannt gebliebener Enkel des A. als Erbe aufgetreten und hatte sein Recht auf Pflichttheil erstritten. Er klagte darauf gegen B. auf Ungültigkeit der Cession und Herausgabe des Dokuments zur Nachlaßmasse. In diesem Falle verurtheilte der 2. Richter zur Herausgabe nur gegen Erstattung der von B. an seine Vorgänger gezahlten Valuta, und das ObTr. bestätigte, indem es ausführte, daß im § 3 h. t. das Anmaßen des Rechts dem Besitz der Sache gleichgestellt, daß deshalb dieselben Grundsätze wie bei vindic. der Sache anzuwenden, daß kein innrer Grund dagegen die Rücksicht auf Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs vielmehr bei Hypothekenforderungen in gleichem Maße dafür sprechen, wie bei körperlichen Sachen und auch darauf nichts ankomme, daß die Valuta der Cession für

der beschränkten Vindikation (vgl. §§ 45— 47 I 15) unterworfenen lettres au porteur nicht gehören, ist anerkannten Rechtens und, wie schon erwähnt, auch vom App.-Richter richtig angenommen. Auch auf sie und ihren Erwerb durch Cession, beziehungsweise auf ihre Verpfändung, dem anfechtenden Eigenthümer gegenüber, müssen deshalb die Grundsätze und Bestimmungen der §§ 24 ff. a. a. O. Anwendung finden. Dies erwogen, konnte sich aber der App.-Richter im vorliegenden Falle nicht der Frage und Prüfung verschließen, ob dem Verklagten bei dem Erwerbe des reklamirten Sparkassenbuchs bona fides und folgeweise redlicher Besitz als Cessionar resp. Pfandinhaber zur Seite stehe, mithin seine eventuelle, schon in der Klagebeantwortung erhobene Einrede nicht zur unentgeltlichen Herausgabe des vindizirten Sparkassenbuches an Klägerin verpflichtet zu sein, begründet erscheine. Der App.-Richter, der hierüber nicht dijudizirte, vielmehr die Verurtheilung des Verklagten zur unentgeltlichen Herausgabe desselben und zur Rückzahlung oder Erstattung des darauf Erhobenen lediglich mit seinem Argument von der Ungültigkeit der durch den Nichteigenthümer vorgenommen Verpfändung und Cession begründete, hat sich damit in der That nach der richtigen Hinweisung des Imploranten einer Verletzung der Vorschriften der §§ 24—26 a. a. O., vgl. §§ 5, 8, 179, 221 I 7 schuldig gemacht. Wenn aber auch insofern die Nichtigkeitsbeschwerde gerechtfertigt erscheint, so muß dennoch die Entscheidung des App.-Richters aufrecht erhalten werden. Denn unbestritten und erwiesen lautete das in Rede stehende Sparkassenbuch, zur Zeit der vorgenommenen ersten Verpfändung auf 105 Rthl. 15 Sgr. validirend, auf den Namen der Klägerin. Es stimmt damit auch der Inhalt der Untersuchungs-Akten wider G. überein, in welchen der Verklagte selbst zugestanden hat, daß das ihm verpfändete und nächstdem abgetretene Sparkassenbuch die No. 12964 geführt und für „M. E. N. in G." ausgestellt gewesen sei. Dasselbe war der Klägerin gestohlen und zwar durch den eben erwähnten und deshalb zur Untersuchung und Bestrafung gezogenen G., der sich bei dem Verklagten unter dem falschen Namen K. N. nebst seiner

---

die Forderung, nicht für das Dokument gezahlt, weil dieses die Forderung repräsentire. Im Anschluß an diese Erkenntnisse und unter Berufung auf dieselben behandelt auch das Erk. a. Nr. 212, Bd. 2 S. 270, 274, die Klage des wahren Eigenthümers einer Hypothek gegen den eingetragenen Scheineigenthümer als vindic., als Klage auf Restitution. Ueber die Zulässigkeit solcher Klage kann auch an sich kein Zweifel bestehn. Es fragt sich nur, ob bei Forderungen, die einer bestimmten Person zustehn und bei denen nicht, wie bei den Inhaber- und Orderpapieren, der Besitz des Papiers mit der vorgeschriebenen Legitimation zugleich den Besitz der Forderung aus dem Papier bedeutet, die damit gegen den Schuldner geltend gemacht werden kann, das Recht und das Bedürfniß des Verkehrs fordert, daß der gutgläubige Besitzer so wie der gutgläubige Besitzer einer Sache geschützt wird. Einen Unterschied zu machen, wird dadurch begründet, daß der Sache nicht anzusehn ist, wem sie gehört, auch dem Dritten die Möglichkeit der Ermittlung fehlt, während bei der verbrieften Forderung auf bestimmten Gläubiger beides vorliegt. Bei persönlichen Forderungen, über die ein Schuldschein ausgestellt, ist denn auch nie bezweifelt worden, daß weder der Schuldner frei wird, wenn er an den durch gefälschte Cession legitimirten Gläubiger zahlt, noch daß dann der Cessionar des falschen Gläubigers kein Forderungsrecht erwirbt und der Klage auf Herausgabe des Schuldscheins gegenüber sich nicht auf die §§ 25, 26 h. t. berufen kann, weil in solchen Fällen zweifellos die Urkunde nicht Objekt des Rechtsgeschäfts ist, mittels dessen der Besitzer sie erhalten, sondern lediglich die verbriefte Forderung, die er nicht erhalten und deshalb auch nicht restituiren kann. Vgl. OHG. 7 S. 124, 127. Daneben sind aber auch solche Urkunden körperliche Sache und als solche Gegenstand des Besitzes und Eigenthums und der vindic., nur nicht eines wirthschaftlich und rechtlich selbstständigen Besitzes und Eigenthums, das zugleich den Besitz und das Eigenthum der Forderung in sich enthält. Der Eigenthums- oder Pfandbesitzer kann hier deshalb dem wahren Eigenthümer der Forderung nie die §§ 25, 26 h. t. entgegensetzen, weil er die Forderung nie hat und deshalb auch nicht restituiren kann.

Unleugbar liegt das anders bei Hypotheken, Grundschulden und den Sparkassenbüchern, die das Erk. b. ebenso behandelt wie Erk. a. die Hypothek, obwohl auch Dokumente dieser Art als selbstständige Werthsobjekte wie die körperlichen Sachen nicht in Betracht kommen, die durch sie verbrieften Forderungen ohne Cession durch bloße Uebergabe des Dokuments nicht zum Eigenthum übertragen werden können, vgl. wegen der Sparkassenbücher Erk. d. Nr. 222, Bd. 2

Ehefrau introduzirt hatte und von dem der Kläger seinen Pfand- und resp. Eigenthumsbesitz herleitete. Ist es nun auch richtig, daß den Verklagten kein Verdacht trifft, um die Entwendung des in Rede stehenden Buches gewußt zu haben, so handelte er doch in hohem Grade fahrlässig und unvorsichtig, wenn er sich mit den unbekannten Prozudenten des Buchs, seiner eignen Auslassung nach, in Verhandlungen, wegen Verpfändung und Cession des in Rede stehenden, auf den Namen einer bestimmten Eigenthümerin und Gläubigerin lautenden Sparkassenbuchs einließ und hierbei, ohne die Legitimation und Dispositionsberechtigung der Inhaber näher zu prüfen, sich, wie er selbst angiebt, mit der einseitigen Erklärung der ihm unbekannten Mannsperson begnügte, daß dasselbe seiner anwesenden Ehefrau gehöre und mit der offenbar unzureichender Weise bei dem Sparkassen-Rendanten Schmidt eingezogenen Information von der objektiven Gültigkeit des Buches, die ihm allerdings von diesem bestätigt wurde. Seine Fahrlässigkeit war um so größer, als der Inhalt des Buchs von einer Ehefrau N. resp. von dem verheiratheten Stande der Eignerin desselben nichts ergab, und sie erscheint um so auffälliger, als der Verklagte selbst in der mehrmonatlichen Zwischenzeit seit der ersten Verpfändung bis zu der Cession desselben keinen Schritt that, sich über die Legitimation der unbekannten Eheleute irgend näher zu informiren, ja nicht einmal den Versuch machte, sich durch Rückfragen bei der angeblichen, ihm gleichfalls unbekannten Ehefrau hierüber und über die Richtigkeit der Angabe des Mannes, beziehungsweise ihren verheiratheten Status irgend näher zu vergewissern. Es kommt dazu, daß der Verklagte in seiner von ihm selbst hervorgehobenen Stellung als konzessionirter Pfandleiher nach gesetzlicher Vorschrift (§ 268 I 20 ALR., vgl. §§ 6, 9 des Pfand- und Leih-Regl. v. 13. März 1787) zur ganz besondern Sorgfalt und zur genauesten Prüfung angewiesen war, ob die ihm zum Pfand angetragene Sache wirklich dem Eigenthümer und der freien Disposition des Verpfänders unterworfen sei, ja sogar nach § 9 des Reglements sich auf Pfandgeschäfte der vorliegenden Art mit ihm unbe-

---

S. 397, so daß, wenn die Erk. a. u. b. richtig die Grundsätze vom Eigenthums*erwerb* an beweglichen körperlichen Sachen bei solchen Forderungen und Dokumenten nicht angewendet werden, wohl aber die Grundsätze von der Eigenthums*verfolgung*. Anders liegt die Sache wirthschaftlich und rechtlich hier insofern, als in beiden Fällen der Schuldner unter Umständen durch Zahlung an den Inhaber des Dokuments, — bei Sparkassenbüchern, an den eingetragenen Inhaber des Dokuments, — bei Hypotheken und Grundbüchern, sich rechtsgültig befreien kann, auch wenn die Inhaber nicht Eigenthümer der Forderung. Insofern ist hier viel eher von einem Besitz und von Restitution zu reden möglich. Nur von diesem Gesichtspunkte aus und weil Hypotheken und Sparkassenbücher im Verkehr, erstre als selbstständige Vermögensstücke ganz abgesehn von ihrer Qualität als Forderungen, letztre als Werthsachen, gelten, lassen sich die Erk. a. u. b. rechtfertigen. Daß und wenn auch abgesehn hiervon Sparkassenbücher als Sachen und als solche als Gegenstand von Eigenthum, Besitz und petitorischen Klagen in Betracht kommen können, darüber vgl. als Beispiel RG. 11 S. 239 unt. Nr. 253, auch RG. 10 S. 40. In Bezug auf Hypothekendokumente beruht auf der Anschauung des ObTr. auch OHG. 3 S. 153, 159. Daselbst ist angenommen, daß ein in Bezug auf die Hypotheken*forderung* ungültig, weil ohne schriftliche Verpfändungserklärung zum Faustpfand gegebenes Hypotheken*dokument*, doch Gegenstand eines Faustpfandes und des Retentionsrechts nach Art. 313 HGB. sein könne. Daselbst wird ausgeführt, daß die faustpfändliche Verpfändung von Hypothekenurkunden keine rechtliche Wirkung erzeuge, weil die Urkunde als solche eine bloße Legitimations-, Beweisurkunde, ohne Verkaufswerth, sei unbegründet; damit falle nur das Veräußerungsrecht als gegenstandslos fort; Besitz- und Retentionsrecht wird dadurch nicht berührt. In OHG. 7 S. 124, 127 wird dasselbe in einem Mecklenburgischen Falle wieder verneint, weil bei der Werthlosigkeit der Urkunde als solcher anzunehmen, daß bei ihrer pfandweisen Uebergabe *die Forderung* als Objekt des Rechtsgeschäfts gemeint sei. Vgl. *Förster* (*Eccius*) 3 § 168_{10}, § $180_{64,\ 77}$.

Inwiefern *die Erbschaftsklage*, hered. petitio, die Natur der Rechtsvindikation oder Sachvindikation hat, darüber vgl. Nr. 258.

Nicht unter die Eigenthumsklage fällt der Anspruch desjenigen, der nach §§ 24, 25 I 10 sein persönliches Recht zur Sache gegen deren Besitzer verfolgt, der zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene Recht des Klägers zur Sache kannte, Präj. 2059 (PräjS. 1 S. 85), wenn auch

kannten Personen gar nicht einlassen durfte. Auch hiervon aber ganz abgesehen, handelte es sich nach dem, was oben von der Beschaffenheit des Buchs gesagt worden ist, bei seiner Annahme zum Pfand- resp. Eigenthumsbesitz um eine Sache, die, sofern sie sich nicht zweifelsfrei als Eigenthum der Produzenten auswies, schon bei der gewöhnlichsten Vorsicht und Aufmerksamkeit in den Geschäften des bürgerlichen Lebens Zweifel und Bedenken in die Legitimation derselben zur pfand- und cessionsweisen Disposition über den Gegenstand derselben hervorrufen mußte, vor Allem aber von einem Geschäftsmann bei der Stellung des Verklagten. Will man daher auch darauf zum Nachtheil des Verklagten kein Gewicht legen, daß nach den Aussagen der Eheleute G. nur bei der zweiten Verpfändung in Begleitung einer Frauensperson bei dem Verklagten erschienen sein will, und der Verklagte den Anfangs angetretenen Gegenbeweis ausdrücklich wieder zurückgenommen hat, ohne anderweitigen Beweis zu substituiren, so stehen ihm außer den oben gedachten Bestimmungen, sein Pfandleihergewerbe betreffend, die allgemeinen Bestimmungen der §§ 16—18 I 3 a. a. O., nach welchen ihm grobe Fahrlässigkeit und Unvorsichtigkeit bei den in Rede stehenden Geschäften mit den G.'schen Eheleuten zur Last fällt, insbesondere aber die Vorschrift des § 15 I 7 entgegen, nach welcher derjenige, der schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben einem unredlichen Besitzer gleich geachtet werden soll. Diese Vorschrift und die Voraussetzung zu ihrer Anwendung greift aber namentlich in Betreff des Cessionsgeschäfts v. 25. Sept. 1865 Platz, durch welches sich Verklagter das fragliche Sparkassenbuch nach Abzug seiner Pfandforderungen und des gemeinschaftlich mit den G.'schen Eheleuten auf der Sparkasse erhobenen Betrages von 30 Rthl. im angeblichen Restbetrage von noch 47 Rthl. 6 Sgr. 7 Pf. ohne weiteren Nachweis einer dafür gezahlten Valuta zum vollen Eigenthum abtreten ließ und hierzu geständig nur eine von der unbekannten Mannsperson ausgestellte und unterschriebene Privatcession

der Besitzer als unredl. Besitzer gilt, ebenso wenig der Anspruch des einen Erben gegen den andren auf Feststellung der Verpflichtung desselben, zum Nachlaß gehörige Gegenstände, die er an sich genommen, zur Erbtheilung zu bringen. In letztrem Falle wird deshalb, wie das Präj. 1495 (PräjS. S. 85) ausspricht, die Klage durch den Einwand des Bekl., daß er nicht mehr besitze, veräußert habe, nicht erledigt. Die §§ 1—11 h. t. finden nicht Anwendung. Vindikationsähnliche Natur hat das jetzt in § 36 KonkO. (§§ 25—27 Preuß. KonkO.) geregelte Verfolgungsrecht; vindic. ist die Klage nicht, weil sie durch den Eigenthumserwerb des Adressaten der Waare nicht ausgeschlossen wird. Vgl. OHG. 6 S. 310; 12 S. 394; RG. 8 S. 79, 86; Dernburg 1 § 239_8. Verschieden von der vindic., weil nicht auf dem Eigenthum, sondern früherem Eigenthum oder früherem Besitz und einer obligatorischen oder obligationsähnlichen Verpflichtung zur Restitution beruhend, sind die Kondiktionen (cond. indeb., sine causa, ob caus. dat., cond. possess. Nr. 243 u. zu I 16). Mit der Vindikation berührt sich oft die Grenzerneuerungs- und Grenzscheidungsklage, I 17 §§ 372 ff., 383 ff., der Unterschied ist wichtig, namentlich wegen der Unanwendbarkeit der §§ 25, 26 h. t. auf die Grenzscheidungsklage, die nicht zugleich vindic. ist. Vgl. darüber bei I 17 namentlich StrA. 7 S. 189; 99 S. 50.

Ueber die zeitliche Kollision der Gesetze bezüglich der Vindikation vgl. Nr. 14, Bd. 1 S. 56, und, soweit es sich um das Eigenthumsges. v. 5. Mai 1872 handelt, besonders Nr. 192, Bd. 2 S. 5. Ueber die örtliche Kollision vgl. Nr. 16, Bd. 1 S. 63, besonders StrA. 37 S. 211 das. Nachzutragen ist noch StrA. 92 S. 12. Dem Preußen A. waren in Preußen Pfandbriefe gestohlen, die er in Preußen erworben. Er vindizirte sie in Preußen gegen den dort befindlichen Besitzer, der sie in Oestreich redlich erworben haben wollte, wogegen geltend gemacht wurde, daß Bekl. nach § 15 I 17 als unvorsichtiger, deshalb unredlicher Erwerber zu erachten. Vgl. unt. Nr. 253. In diesem Falle ist § 15 I 7 für anwendbar erachtet, obwohl Bekl. ohne Anwendung desselben nach Oestr. R. unanfechtbares Eigenthum erworben hatte. Das ObTr. deduzirt, daß ein der Eigenthumsklage entgegengesetzter Einwand nicht nach andrem Recht beurtheilt werden könne, als der Klagegrund. In dieser Fassung unterliegt der Rechtssatz Bedenken, das Ergebniß war aber richtig, insofern nach allgem. Grundsätzen die Frage nach der Kollision mehrerer dinglicher Rechte an derselben beweglichen Sache allerdings nur nach der lex rei sitae entschieden werden kann.

für ausreichend erachtete, obwohl er wissen mußte, daß, selbst die Richtigkeit des behaupteten ehelichen Verhältnisses vorausgesetzt, der Aussteller weder nach den Grundsätzen der ehelichen Gütergemeinschaft, noch der Dotal-Ehe zur alleinigen und einseitigen Vornahme der Cession ohne Zuziehung der Ehefrau befugt war, da es sich hierbei um ein auf den Namen der Ehefrau geschriebenes Kapital handelte, vgl. ALR. II 1 § 233, § 379. Ist aber hiernach schon nach der eigenen Auslassung des Verklagten über Eingehung der in Rede stehenden Pfandgeschäfte und der Cession der von dem Verklagten überkommene Besitz des in Rede stehenden Sparkassenbuchs und der ihm zum Grunde liegenden Forderung der Klägerin, jedenfalls als unrechtfertiger im Sinne der Vorschriften der §§ 10—15 I 7 ALR. anzusehen und als solcher dem unredlichen gleich zu achten, so folgt hieraus auch seine Verpflichtung, das durch hinfälligen Titel ihm übertragene Sparkassenbuch nebst den darauf treffenden Zinsen unentgeltlich an die Klägerin herauszugeben, nicht minder auch den darauf bei der Sparkasse, sei es allein oder mit Zuziehung der Pseudo-R.'schen Eheleute, erhobenen Betrages des Einlagekapitals nebst Zinsen der Klägerin zu restituiren, ohne dieselben, durch Erstattung seiner Auslagen an G. verrechnen oder kompensiren zu dürfen, § 17 I 15, vgl. §§ 223, 14, 244, I 7 ALR.

Nr. 253. §§ 1 ff., 6—10, 33—35, 45—53; I 20 §§ 73, 118, 119; HGB. Art. 301—304, 305, 306—308; WO. Art. 74. Die Vindikation der Mobilien. Voraussetzungen. Die Klage und der Kläger. Begründung. Die Vindikation von Geld und Inhaberpapieren. Begriff der Inhaberpapiere. (Sparkassenbücher, Wechsel, Orderpapiere.)*)

a. Erk. v. 28. Dez. 1844; ObTr. 11 S. 296.
b. Erk. v. 1. Okt. 1852; StrA. 8 S. 8.
c. Erk. v. 8. Mai 1865; ObTr. 54 S. 116 (StrA. 59 S. 123).
d. Präj. 2510 v. 5. April 1854; ObTr. 27 S. 348 (StrA. 13 S. 51).
e. Erk. v. 26. Septbr. 1876; StrA. 96 S. 290.

Im Falle a. klagten die Erben des A. gegen dessen Wirthschafterin S. auf Herausgabe von zwei Staatsschuldscheinen, welche im Besitz der Beklagten, mit der Behauptung, dass dieselben Eigenthum des A., sich noch nach dem Tode im Nachlass befunden, von der S. aus dem Nachlass fortgenommen. Die Beklagte beantragte Abweisung, weil nicht genüge, dass die Papiere dem A. einmal gehört und A. ihr dieselben bei Lebzeiten geschenkt und übergeben, die Papiere bis zu seinem Tode unter seinem Kopfkissen von ihr aufbewahrt, dann aber von dort fortgenommen. In 2. u. 3. Instanz ist die Klage durchgedrungen. — Im Falle b. klagte A. als Besitzer des Guts P. gegen den im Besitz eines Kirchenstands in der Kirche zu B. befindlichen Beklagten, Besitzer des Guts J., auf Anerkennung seines Eigenthums an dem halben Kirchenstand als Pertinenz des Guts P. mit der Behauptung, dass der ganze Kirchenstand früher bis zum Jahre 1738 zu P. gehört, nur eine Hälfte verkauft, die andre als Pertinenz beim Gute P. geblieben sei. Der Beklagte. der seit 14 Jahren im Besitz war, bestritt das Eigenthum des Klägers, in Bezug auf welches nur festgestellt wurde, dass früher der Kirchenstand ganz von den Besitzern von P. benutzt worden, die Hälfte an das Gut K. abgetreten sei.

---

*) Vgl. Windscheid 1 §§ 193, 196; Dernburg, Pand. 1 § 224; Preuß. R. 1 §§ 188, 246; 2 §§ 88 ff.; Förster (Eccius) 3 § 180; Stobbe 2 §§ 146, 147. —

Die Instanzrichter wiesen lediglich umdeswillen ab, weil der Beklagte im redlichen Besitz und Kläger seit 30 Jahren den Kirchenstand nicht benutzt, keine Eigenthumshandlungen vorgenommen, der Beweis, dass er vor 30 Jahren Eigenthümer gewesen, nicht genüge, um die Vindikation zu begründen. Das ObTr. hat vernichtet, in der Sache selbst aber auch abgewiesen. — Im Falle c. klagte der Erbe der Wittwe v. A. gegen den Beklagten, ihren früheren Geschäftsführer, auf Herausgabe von sechs genau bezeichneten Rentenbriefen mit der Behauptung, dass dieselben Eigenthum der v. A., was unstreitig, und der Bekl. 5 Jahre vor ihrem Tode von ihr in Empfang genommen habe. Der Bekl. nahm den Eid darüber dahin an, dass er die Rentenbriefe weder ohne oder gegen den Willen der v. A. oder unrechtmässig erhalten, wurde aber in 1. Instanz verurtheilt. Nachdem er in 2. Instanz Schenkung behauptet, wurde die Klage in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle d. waren der Kirche zu B. Staatsschuldscheine gestohlen, die der Beklagte, ein Kaufmann, von einem Unbekannten gekauft und die demnächst durch verschiedene Hände in redlichen Besitz Dritter gelangt waren. Die Kirche klagte gegen den ersten Käufer auf Gewährung derselben Anzahl von Staatsschuldscheinen nebst Koupons auf Grund der §§ 15—20 h. t., weil er als unredlicher Besitzer anzusehn und zur Vergütung des ganzen Interesse verpflichtet. Das ObTr. hat die Klage abgewiesen. — Im Falle e. handelte es sich um die Frage, ob Sparkassenbücher als Inhaberpapiere anzusehn. Das ObTr. hat verneint.

Gründe: a. Die beiden vorigen Richter sind, wiewohl sie auf verschiedenem Wege zu diesem Resultate gelangen, darin einverstanden, daß die Vindikation der streitigen Staatsschuldscheine an sich begründet sei. Dies läßt sich auch nicht bezweifeln. Die Verklagte hat es nämlich nicht in Abrede gestellt, daß der Erblasser der Kläger, mit welchem die Letzteren im rechtlichen Sinne eine Person bilden, Eigenthümer der fraglichen Papiere gewesen sei. Die Fortdauer dieses Eigenthumsrechtes, welche im Allgemeinen nicht durch äußere Thatsachen, auch nicht durch seine Ausübung bedingt, sondern eine natürliche, aber unsichtbare Folge seiner einmaligen Entstehung ist, muß präsumirt

---

Mit der Vindikation klagt wie im röm. u. gem. R. der nicht besitzende Eigenthümer gegen den besitzenden Nichteigenthümer. Ueber die Voraussetzungen in der Person des Bekl. vgl. Nr. 254. Kläger ist der Eigenthümer, auch der Miteigenthümer unter den Voraussetzungen, unter denen der einzelne von mehreren Mitberechtigten das ganze Recht allein verfolgen kann; vgl. Nr. 125, Bd. 1 S. 565, und zu I 17 §§ 4, 10, 115, 151, namentlich bezüglich der vindic.: ObTr. 24 S. 86 zu I 17 § 151. Es klagt auch der Universalsuccessor, auf den das Eigenthum ohne Besitzübertragung übergegangen, ebenso derjenige, dem der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe gerichtlich überwiesen, §§ 730 ff., 745 ff. CPO.; StrA. 81 S. 274 unt. Nr. 146, Bd. 1 S. 732. Denn neben der dingl. Klage hat der Eigenthümer auch den persönl. Anspr. auf Herausgabe gegen den Besitzer, der als solcher überweisbar und wie die vindic. cessibel ist. StrA. 8 S. 8 Erk. d. Nr. 211a., Bd. 2 S. 252, 258 und ebenso StrA. 99 S. 348, wo A. an B. ein Grundstück verkauft und dem B. im Vertrage den Anspruch auf Herausgabe einer Parzelle abgetreten hatte, die C. unbefugt in Besitz genommen; solche Cession ist jetzt regelmäßig beim Eigenthumserwerb durch Auflassung nicht mehr erforderlich. Nach §§ 118, 119 I 20 vindizirt auch der Pfandgläubiger gegen jeden dritten Besitzer; die Klage ist die aus dem Eigenthum des Verpfänders abgeleitete Eigenthumsklage. Gegen den besitzenden Schuldner ist sie die Klage aus dem Pfandrecht.

Ueber die §§ 8—10 h. t., — § 142 I 11, § 76 I 20 — ist unter Nr. 169, Bd. 1 S. 903 gehandelt. Vgl. daselbst Erk. b. u. ObTr. 25 S. 118; StrA. 95 S. 369, Bd. 1 S. 903, 906 u. Erk. b. Nr. 170, Bd. 1 S. 914, 915.

Zur Begründung der Klage gehört die Behauptung und der Beweis des Eigenthums zur Zeit der Klage. Was zum Beweise des Eigenthums gehört, richtet sich nach der konkreten Erwerbsart, unmittelbaren oder mittelbaren; bei unmittelbarer kann der Nachweis der Thatsache genügen, aus welcher der Eigenthumserwerb folgt, z. B. bei Eigenthum an Landseen der Nachweis der Adjacenz, StrA. 87 S. 134; RG. 3 S. 245. Vgl. unt. Nr. 164, Bd. 1 S. 856, 859. Bei mittelbarer Erwerbsart ist, wie im röm. R. auch das

werden. Es ist also dadurch, daß feststeht, jener Erblasser sei der Eigenthümer der jetzt von seinen Universalsuccessoren vindizirten Staatsschuldscheine gewesen, die eine Bedingung der Vindikationsklage, Eigenthum der vindizirten Sache, dargethan. Die andere, daß die Verabfolgung der Sache, welche der Eigenthümer fordert, von deren Besitzer ihm vorenthalten wird, § 1 I 15 ALR., liegt unstreitig vor, da die Verklagte geständlich die streitigen Aktiva besitzt und nicht herausgeben will. Ihre Ansicht, daß sie hierzu nicht verbunden sei, insofern ihr kein unredlicher Erwerb beizumessen wäre, sie aber als redliche Besitzerin nicht verpflichtet erscheine, ihren Titel aufzuweisen, ist nicht begründet. Allerdings hat jeder Besitzer in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich, ist also, wenn er deshalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen nicht schuldig, §§ 179, 180 I 7, §§ 33 ff. I 15 ALR. Allein daraus folgt keineswegs, daß die Vindikationsklage durch den Nachweis eines unredlichen Erwerbes auf Seiten des Besitzenden bedingt sei. Das Gegentheil ergeben die §§ 175—177 I 7, wonach der vollständige redliche Besitzer, obwohl er gegen jeden Anderen alle Rechte des Eigenthümers hat, dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig ist. Nicht minder die gesetzlichen Vorschriften über die Vindikation, §§ 1 ff. I 15, zufolge deren der wahre Eigenthümer das Recht hat, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern, dergestalt, daß nur rücksichtlich der Wirkungen der Vindikation ein Unterschied obwaltet, je nachdem der Besitzer ein redlicher, unrechtfertiger, oder unredlicher ist. Da nun die Verklagte nicht behauptet, gegen Entgelt in den Besitz der vindizirten Staatsschuldscheine gelangt zu sein, selbst lettres au porteur aber vom redlichen Besitzer, der solche unentgeltlich überkommen hat, dem Eigenthümer herausgegeben werden müssen, §§ 45—47 I 15, so kommt es nur darauf an, zu untersuchen, in wie weit die Behauptung der Verklagten festgestellt ist, daß der klägerische Erblasser ihr die streitigen Staatsschuldscheine geschenkt, also durch Uebertragung des Eigenthums auf sie das seinige aufgegeben habe. In dieser Beziehung ist, mag man die Schenkung als eine unter Lebendigen, oder, worauf die Angabe der Verklagten in den Untersuchungsakten führt, als eine von Todeswegen geschehene betrachten, da

---

Eigenthum der Vorgänger zu erweisen, Erl. b., bis ein Erwerb dargethan, der Eigenthum auch ohne Eigenthum des Auktors giebt, wie dies in verschiedenem Umfange der Fall ist, §§ 42 ff., 45 ff. h. t.; Art. 306—308 HGB.; Art. 74 WO. Wegen der oft schwierigen Beweisführung hat das Preuß. R. wie das Röm. R. die Besitzklage (publiciana) als Ersatz der Eigenthumsklage gebildet. Vgl. Nr. 146, Bd. 1 S. 730, Erl. a. Nr. 145a., Bd. 1 S. 697.

Der Natur der Klage nach und auch prozessual nöthig ist, § 230 Nr. 2 CPO., den Gegenstand bestimmt anzugeben; er muß als solcher unterscheidbar von andren vorhanden sein und bezeichnet werden, l. 6 D. 6, 1. Vgl. § 45 h. t.; StrA. 93 S. 250, 256; 40 S. 85, 88. Was dazu erforderlich, ist nur konkret zu entscheiden. Vgl. StrA. 2 S. 219 (bestimmte Bezeichnung bei Vind. von Werthpapieren nach Nummer, Serie). Die Feststellungsklage, § 231 CPO., kann der vindic. vorbereitend vorausgehn und mit der act. ad exhib., welche das Preuß. R. als solche nicht kennt, verbunden werden. Vgl. auch AGO. I 22 § 29; RG. 10 S. 210, 214. Festzuhalten ist dabei, daß die Exhibitionspflicht keine Pflicht zur Beihülfe behufs Begründung der Klage ist; eine solche kennt das Preuß. R. nicht. Vgl. ObTr. 32 S. 225 (keine Pflicht zur Herausgabe von Urkunden behufs Einsicht u. Abschriftnahme). Die Exhibitionspflicht setzt eine civilrechtliche Verpflichtung irgend welcher Art zur Herausgabe voraus (vgl. §§ 298, 315 I 9 ALR).

Da der erforderliche Beweis des Eigenthums in abstracto nicht, sondern nur auf Grund konkreter Erwerbsthatsachen zu führen, ist die Frage, was zum Klagegrunde im Sinne der §§ 230 Nr. 2, 235, 240 CPO. bei der vindic. gehört, lediglich eine prozessuale. Für den preuß. Prozeß hat das ObTr. namentlich in StrA. 77 S. 313; 99 S. 348; 97 S. 321 nach § 21 I 5 § 5a I 10 AGO. angenommen, daß die dingl. Klage auf Grund des abstrakten Eigenthums ohne Angabe des Erwerbsgrundes unzulässig, daß die vorgetragenen Thatsachen in ihrer Gesammtheit und in der rechtlichen Bedeutung, die sie danach in Wahrheit haben, das Klagefundament bilden, daß danach z. B. alluvio u. insula in flumina nata einander als Eigenthumserwerbsgrund ebensowenig substituirt werden können, wie Kauf und Ersitzung, wäh=

die gerichtliche, auch nur die schriftliche Form unbeachtet geblieben, vor Allem der Nachweis der Uebergabe von Wichtigkeit, §§ 1065, 1134 ff. I 11 ALR. An diesem Nachweise fehlt es jedoch gänzlich, indem gar kein Umstand dafür spricht, daß, wie die Verklagte behauptet, der Erblasser der Kläger ihr ein, die fraglichen Staatsschuldscheine enthaltendes, Paquet als Geschenk übergeben, und sie es demnächst, der sicheren Aufbewahrung halber, unter dessen Kopfkissen niedergelegt habe. Selbst dann, wenn festgestellt wäre, daß in dem, mit zwei Siegeln jenes Erblassers versehenen, nach dem Gutachten der Schreibverständigen von ihm mit den Worten „meiner lieben Pflegerin S." überschriebenen Kouverte, die streitigen Staatsschuldscheine durch denselben verschlossen worden, würde sich daraus noch nicht auf die stattgefundene Uebergabe schließen lassen. Noch weniger läßt sich eine Vermuthung für die erfolgte Tradition daraus herleiten, daß der mehrgedachte Erblasser beabsichtigt hat, die Verklagte für seinen Todesfall zu bedenken, zumal sie ihn mit Aufopferung gepflegt und er nicht gerade eine zärtliche Zuneigung seinen Brüdern gewidmet hatte. Da nun auf dasjenige kein Gewicht gelegt werden kann, was die Verklagte, theils übereinstimmend mit ihrer Einlassung, theils ganz davon abweichend, dritten Personen erzählt hat, denen sie zur Angabe des wahren Hergangs nicht verpflichtet war, da ferner die erfolgte Freisprechung im Untersuchungsverfahren, worauf der erste Richter vorzugsweise den Erfüllungseid basirt, nicht wegen dargethaner Unschuld, sondern wegen mangelnden Beweises der Schuld eingetreten ist, und da endlich die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes, auf welche sich jener Richter ebenfalls stützt, keine Vermuthung für die schenkungsweise geschehene Uebergabe der Staatsschuldscheine und die dadurch bewirkte Eigenthumsübertragung enthält, so läßt sich allerdings die Entscheidung nicht von einem der Verklagten anzuvertrauenden Eide abhängig machen.

Wenngleich daher nach der richtigen Ausführung beider Richter der nicht innerhalb sechs Monaten erfolgte Widerruf der Schenkung wirkungslos bleiben würde, so muß doch die Verklagte, weil es eben an dem Beweise der Schenkung fehlt, zur Herausgabe der streitigen Staatsschuldscheine verurtheilt, also das zweite Erkenntniß bestätigt werden.

---

rend es allerdings darauf nicht ankommt, unter welchen rechtl. Gesichtspunkt die Thatsachen gebracht, sobald sich aus denselben die verschiedenen Erwerbsgründe ergeben, StrA. 78 S. 285. Vgl. auch ObTr. 41 S. 399, 400 über die causa proxima und remota und ObTr. 52 S. 425 (StrA. 55 S. 91); ObTr. 58 S. 183, 187; StrA. 20 S. 198, 199. In StrA. 97 S. 321 ist andrerseits aber auch der § 5a I 10 AGO. für eine unwesentliche Prozeßvorschrift erklärt, ebenso in StrA. 9 S. 321; 33 S. 24. (StrA. 17 S. 343 anders.) Vgl. ObTr. 58 S. 185 (StrA. 66 S. 83) unt. Nr. 257. Ueber den Stand der Frage nach der CPO. vgl. Förster (Eccius) 1 § 50; 3 § 180_{25}; Dernburg 1 § 126_{11}; Reincke, CPO. Anm. zu Nr. 2 § 230. In RG. 10 S. 434 u. 11 S. 239 ist die Frage wesentlich vom Standpunkt der Praxis des ObTr. beantwortet, expressa causa gefordert und der Klagegrund in den das verfolgte Recht begründenden Thatsachen gefunden. Dem wird beigetreten werden müssen, da ein abstraktes Eigenthum keinen verfolgbaren Anspruch darstellt, solcher nur in dem durch einen konkreten Erwerbsgrund individualisirten Eigenthume hergestellt wird.

1. Daß der Vindikationsanspruch regelmäßig (die Ausnahmefälle s. unt. 2.) durch den Nachweis allein begründet wird, daß das Eigenthum durch den Kläger bez. seinen Auktor erworben ist, daß nicht erforderlich ist, was aus der Fassung des § 1 h. t. geschlossen werden könnte, der Nachweis, daß die vindizirte Sache dem Eigenthümer ohne seinen Willen entnommen oder vorenthalten, weisen die Erk. a. u. b. nach. Das Erk. b. läßt dabei sachgemäß die freie Prüfung der konkreten Sachlage dahin zu, ob aus dem früheren Eigenthumserwerb auf den Fortbestand des Eigenthums zu schließen. Vgl. CPO. § 259. Von Bedeutung ist dies namentlich in den Fällen, wo der Universalsuccessor aus dem Eigenthum seines Auktors, das ohne Besitzübertragung auf ihn übergegangen, wenn es zur Zeit der Succession bestanden, klagt. Grundsätzlich ist auch dieser Fall nicht anders zu behandeln, als der Fall, wo der Eigenthümer, der besessen hat, klagt, § 139 I 2. Vgl. PlBeschl. Nr. 143, Bd. 1 S. 687 in den Gründen am Schluß.

Grundsätzlich hat der Bekl. der erwiesenen Thatsache gegenüber, daß der Kläger Eigen-

Gründe: b. Der App.-Richter, indem er thatsächlich feststellt, daß sich der Verklagte seit 14 Jahren in dem redlichen Besitze des vindizirten Kirchenstandes befindet, hat wesentlich in dieser Thatsache den entscheidenden Grund gefunden, um den Kläger mit der Eigenthumsklage abzuweisen. Der App.-Richter verkennt zwar nicht, daß dieser vierzehnjährige Besitzstand zur Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung nicht ausreiche; gleichwohl hat er den Verklagten wegen dieses Besitzes gegen den Anspruch des Klägers geschützt, weil, wie behauptet worden, die Bestimmung des § 175 I 7 ALR. nur dann zur Anwendung komme, wenn seitens des Eigenthümers solche Thatsachen angeführt werden könnten, welche darauf schließen lassen, daß von ihm in oder kurz vor der Verjährungsfrist noch Eigenthums-Ansprüche ausgeübt worden.

Diese Auffassung über Sinn und Bedeutung des § 175 a. a. O. ist jedoch irrig. Dem Eigenthümer als solchem darf, eben weil er Eigenthümer ist, niemals versagt werden, die aus dem Eigenthume fließenden Rechte geltend zu machen. Zu diesen Rechten gehört aber ganz eigentlich auch das, die dem Gewahrsam des Eigenthümers wider seinen Willen entnommene oder vorenthaltene Sache von jedem Inhaber oder Besitzer zurückzufordern, §§ 1, 3 I 15 ALR.

Die Ausübung dieses Rechts ist, vorausgesetzt nur, daß der Nachweis des wahren Eigenthums zu führen ist, an keine Bedingung gebunden, am wenigsten an die, daß das Eigenthum in oder kurz vor der Verjährungsfrist ausgeübt sein müsse. Jenes Recht, als Ausfluß des Eigenthums, dauert vielmehr so lange, als das Eigenthum selbst besteht; das Eigenthum geht aber durch die unterlassene Ausübung der in dem Eigenthum begriffenen Rechte für sich allein nicht verloren, die unterbliebene Ausübung dieser Rechte ist vielmehr so lange etwas Gleichgültiges, als nicht zugleich die Bedingungen hinzutreten, welche das Gesetz zur Wirksamkeit der Verjährung erfordert und dadurch einen veränderten Rechtszustand herbeiführt. So lange die Verjährung nicht vollendet ist, können mithin davon, ob der Eigenthümer die ihm als solchem zustehenden Rechte ausgeübt hat oder nicht, keine rechtlichen Folgen abgeleitet werden. Am wenigsten kann Gewicht darauf gelegt werden, daß die Eigenthumsrechte in der Verjährungsfrist ausgeübt sein müssen. Dies enthält einen inneren

---

thümer zu irgend einer Zeit gewesen oder geworden, den Fortfall des Eigenthums zu beweisen. Erleichtert wird dies durch die Verjährung, Ersitzung, und die Vorschriften über den Erwerb vom Nichteigenthümer. Ebenso wie Erk. a., b., auch im Erk. c. u. ObTr. 34 S. 130; StrA. 15 S. 216; 87 S. 134; RG. 4 S. 175, 176; OHG. 18 S. 53. In letztrem Falle hatte A. in H. an B. in B. mehrere Fässer Talg verkauft, die bei ihrer Ankunft in B. auf einen Speicher daselbst gebracht und auf den Namen des C. gelagert wurden. Als gleich darauf über B. Konkurs ausbrach und der Verwalter eine gerichtliche Verfügung erreichte, durch welche die Aushändigung der Fässer an C. inhibirt wurde, klagte C. gegen ihn auf Herausgabe, indem er Kauf von B. behauptete, sich auf den Besitz des Lagerscheins berief, während der Verwalter sich auf den Ankauf der Fässer durch B. von A. stützte, den Verkauf von B. an C. bestritt und widerklagend Aushändigung an die Masse verlangte. Der 2. Richter verurtheilte auf die Klage lediglich auf Grund des § 179 I 7. Dies war offenbar irrig. Klage und Widerklage waren Eigenthumsklage, die reconv. jedenfalls vindic., die Klage vind. oder neg., eher letztre, weil Kläger selbst Besitz behauptete. Da aber feststand, daß B. von A. Eigenthum erworben, C. erst Eigenthumserwerb von B. behauptete, genügt für die vindic. in der reconv. die unstreitige Thatsache, daß B. Eigenthum erworben hatte; es war nicht erforderlich, zu beweisen, daß es fortdauerte und B. es wider Willen verloren, d. h. nicht an C. verkauft, sondern C. hatte den Verlust des Eigenthums des B. durch den Nachweis seines Kaufs darzuthun. Dasselbe würde gelten müssen, wenn die Klage als neg. aufzufassen. Vgl. Nr. 257 Dadurch, daß der 2. Richter die Berufung auf § 179 I 7 durchgreifen ließ, verwechselte er die vindic. und die publiciana. Nach §§ 179, 180, 182 I 7 genügt, worauf schon unt. Nr. 146, Bd. 1 S. 730, aufmerksam gemacht ist, vgl. unt. Nr. 254a., die Berufung auf die Präsumtion für Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzes nur der Klage des früheren Besitzers, nicht der vindic. gegenüber, da nach den Grundsätzen des ALR. dem Eigenthümer jeder Besitzer weichen muß, ohne Rücksicht darauf, ob er redlich, unredlich, titulirter Besitzer, ob die Sache vom Eigenthümer freiwillig aus den Händen gegeben oder ihm gestohlen. Deshalb kann nach Preuß. R. die vindic. auch nicht blos umdeswillen versagt

Widerspruch. Hat der Eigenthümer die ihm als solchem zustehenden Rechte ausgeübt, so ist gleichzeitig der Verjährungsbesitz damit unvereinbar; beides schließt sich vielmehr gegenseitig aus.

Nicht minder unbegründet ist es aber auch, wenn sich der App.-Richter dahin ausspricht, daß der Nachweis, Jemand sei vor fünfzig Jahren oder vor noch längerer Zeit Eigenthümer einer Sache gewesen, ihn noch nicht berechtige, von dem redlichen Besitzer dieser Sache zu fordern, daß dieser ihm den Titel seines Besitzes angebe, und wenn der App.-Richter, um diese Ansicht zu begründen, auf die §§ 179, 184 I 7 ALR. Bezug nimmt. Hat der Vindikant den Nachweis geführt, daß er zu irgend einer Zeit wahrer Eigenthümer der von ihm in Anspruch genommenen Sachen gewesen, so wird zwar in jedem einzelnen Falle nach dessen individueller Lage zu beurtheilen sein, ob und in wiefern dieser Nachweis des erworbenen Eigenthums durch entgegengesetzte Thatsachen aufgehoben, mindestens geschwächt wird; ohne den Hinzutritt solcher Thatsachen muß aber, in Berücksichtigung des im § 28 I 13 AGO. aufgestellten Grundsatzes, der durch den Nachweis des Eigenthums begründete Rechtszustand fortdauernde Wirkung äußern. Daß nun aber in vorliegendem Falle solche entgegengesetzte Thatsachen vorhanden seien, hat der App.-Richter gar nicht festgestellt; eben deshalb ist der von demselben aufgestellte Grundsatz in dieser Allgemeinheit nicht gerechtfertigt, jedenfalls aber ganz unpassend, wenn deshalb auf die §§ 179, 184 Bezug genommen ist. Diese Vorschriften, so wie der ebenfalls zur Anwendung gebrachte § 185 a. a. O. betreffen einen wesentlich verschiedenen Fall, nämlich den, daß der Besitzer als socher mit der Vindikationsklage aufgetreten ist. Hat aber der Vindikant dargethan, daß er wahrer Eigenthümer ist, so ist für die Anwendung jener Vorschriften gar kein Raum, eben weil sie nur das Verhältniß des Besitzers zum Besitze, nicht aber das Verhältniß des wahren Eigenthümers zum Besitze, betreffen. Dem wahren Eigenthümer gegenüber hat der Besitzer, wenn auch redlicher und vollständiger, gar kein Recht; er muß vielmehr dem Eigenthümer zu jeder Zeit weichen.

---

werden, weil die Sache sich in den Händen des Bekl. auf Grund eines Vertragsverhältnisses befindet, ohne daß ihm Eigenthum dadurch übertragen. In StrA. 15 S. 216 sagt das ObTr. zwar, daß der Eigenthümer nach § 1 h. t. nicht klagen könne, wenn die Sache nicht ohne seinen Willen ihm entzogen oder vorenthalten, fügt aber sofort hinzu, daß daraus nicht folge, daß zur Begründung der vind. anzugeben sei, daß und wie die Sache dem Kläger entzogen, da durch die Klage selbst dargethan werde, daß der Besitz des Bekl. dem Willen des Klägers nicht entspreche und der Bekl. dem bewiesenen Eigenthum gegenüber zu beweisen habe, daß der Eigenthümer die Uebertragung von Besitz oder Gewahrsam gewußt und gewollt und ein Recht für den Bekl. darauf bestehe. Dies läuft dann schließlich auf das hinaus, was richtig in StrA. 82 S. 296, 298 ausgesprochen ist, daß die vindic., wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, durch das Bestehn eines Vertragsverhältnisses, welches dem Besitz oder der Detention des Bekl. zum Grunde liegt, nicht ausgeschlossen, selbstredend unbeschadet der Einreden des Bekl. aus dem Vertragsverhältniß, l. 9 D. 6, 1, d. h. daß dem Eigenthümer die vindic. neben der Vertragsklage zusteht. In ObTr. 64 S. 85, welches zu I 21 §§ 229 ff. mitgetheilt, handelte es sich um vindic. bei precarium, in StrA. 82 S. 296 um vind. eines Pferdes, welches Kläger dem Bekl. entweder zur Weide oder zur Weide und demnächst Verkauf übergeben hatte. In jenem Urtheil sagt das ObTr., daß beim Obwalten eines obligatorischen, selbst rescissiblen (nicht ipso jure nichtigen) Rechtsverhältnisses die vindic. nicht Platz greife, läßt sie konkret anscheinend nur zu, weil das prec. kein Vertragsverhältniß und kein Recht begründet. Es nimmt dabei auf die Erk. ObTr. 34 S. 54, 61; 39 S. 43, 47; 50 S. 81 Bezug, die unt. Nr. 90, Bd. 1 S. 377, 378 erwähnt. In diesen handelte es sich aber ebenso wie im Erk. b. Nr. 90 und im Erk. a. Nr. 151, Bd. 1 S. 1029, um formlose auf Eigenthumsübertragung gerichtete Verträge über Grundstücke und deren Wirkung. Da sie nach dem früheren Recht Eigenthum übertrugen, konnte die vindic. nicht durchdringen, sondern nur die Vertragsklage auf Aufhebung des Vertrages und Restitution zugelassen werden. Weiter geht das Erk. b. Nr. 193a., Bd. 2 S. 33, 35; StrA. 97 S. 124. Auf die Bedenken gegen dasselbe ist dort aber bereits aufmerksam gemacht.

Hiernach muß zwar die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet anerkannt werden; die angefochtene Entscheidung selbst ist aber richtig und muß deshalb aufrecht erhalten werden.

Der Verklagte befindet sich, wie nach Lage der Akten außer Zweifel ist, seit vierzehn Jahren in dem ruhigen und redlichen Besitze des streitigen Kirchenstuhls. Nun muß zwar auch der redliche Besitzer dem wahren Eigenthümer weichen, gegen jeden Anderen ist aber der Verklagte durch diesen Besitz geschützt, insbesondere also auch gegen den Kläger, wenn dieser auch nachgewiesen hat, daß er sich früher ebenfalls im Besitze befunden habe. Denn dieser frühere Besitz des Klägers würde noch nicht ausreichen, den Besitz des Verklagten in seinen Wirkungen aufzuheben, dem Kläger, diesen als bloßen Besitzer aufgefaßt, würde vielmehr obgelegen haben, sein besseres Recht (§ 161 I 7 ALR.), oder daß einer der in den §§ 148 und 184 a. a. O. oder im § 34 I 15 ALR. bezeichneten Fälle vorhanden sei, nachzuweisen. So wenig Kläger aber einen solchen Nachweis geführt hat, eben so wenig hat er dargethan, daß er wahrer Eigenthümer des streitigen Eigenthums ist. Um sich als wahrer Eigenthümer darzustellen, würde Kläger, da von einer unmittelbaren Erwerbung nicht die Rede sein kann, den Nachweis zu führen gehabt haben, nicht blos, daß er den streitigen Kirchenstuhl auf Grund eines rechtsgültigen Titels erworben habe, sondern auch, daß derjenige, von welchem der Besitz auf ihn erledigt worden, selbst Eigenthümer des Kirchenstuhles gewesen ist, §§ 1, 3 I 10 ALR. Einen solchen Nachweis hat Kläger aber nicht einmal angetreten, geschweige geführt. Der Anspruch ist lediglich darauf gestützt, daß Kläger Besitzer von P. sei, daß diesem Gute in älterer Zeit (im Jahre 1738) der ganze Kirchenstand gehört, und ein Vorbesitzer die Hälfte davon verkauft habe, woraus denn weiter gefolgert ist, daß die andere Hälfte noch zu P. gehöre. Es leuchtet aber ein, daß hierdurch jener zu führende Nachweis nicht erschöpft ist. Es erhellt nicht einmal, von wem der Kläger das Gut P. gekauft und noch weniger, daß sein Autor Eigenthümer des Guts gewesen, eben so wenig, daß zu dessen Besitzzeit der halbe Kirchenstand Pertinenz des Guts gewesen, wiewohl nur unter dieser Voraussetzung der Kirchenstand mit dem Gute auf den Kläger übergegangen sein würde.

---

2. Ausnahmsweise genügt nicht zur Begründung der vind. die Thatsache des einmal stattgehabten Eigenthumserwerbs in den Fällen der §§ 45, 46, 47 ff. h. t.; Art. 307 HGB.; Art. 74 WO.; Art. 305 HGB., d. h. bei Vindikation von baarem Geld, vgl. § 662 I 11, Papieren auf den Inhaber, die nicht außer Kurs gesetzt, Wechseln und den in Art. 305 HGB. den Wechseln gleich behandelten indossablen Orderpapieren in Art. 301—304 HGB. Bei diesen gehört zur Begründung der Klage die Behauptung und der Nachweis, daß der beklagte Besitzer unredlich oder unentgeltlich vom Nichteigenthümer erworben. Es hängt dies damit zusammen, daß der redliche entgeltliche Erwerb dieser Objekte auch vom Nichteigenthümer Eigenthum verschafft, der Beklagte, dessen Besitz präsumtiv redlich und rechtmäßig, präsumtiv auch Eigenthümer ist; in Art. 307 HGB. ist dies für Inhaberpapiere direkt gesagt, im Uebrigen folgt es indirekt aus der Ausschließung der vindic. gegen den redlichen entgeltlichen Erwerber durch §§ 45, 46, 47 h. t. Daß bei dem unentgeltlichen Erwerb, § 47 h. t., an den unentgeltlichen Erwerb vom Nichteigenthümer zu denken, nicht vom Eigenthümer, ist selbstverständlich und im Erk. c. betont.

Für Inhaberpapiere ist der obige Satz im Erk. c. ausgesprochen, ebenso in StrA. 37 S. 211, für baares Geld in StrA. 97 S. 165; 92 S. 197, auch schon angedeutet im Erk. a. Aus Erk. c. folgt auch der unbedenkliche Satz, daß die Präsumtion für die Redlichkeit des Besitzes, §§ 18, 179 I 7, auch hier gilt, der Bekl., der z. B. Schenkung vom Eigenthümer behauptet, nicht dies zu beweisen hat, sondern der Kläger das Gegentheil durch den Nachweis des unredl. Erwerbes. In dem im Erk. c. angezogenen StrA. 31 S. 167 klagte der Erbe der unv. A. gegen die Bekl. mit der Behauptung, daß die unv. A. vor 9 Jahren 8000 Thlr. in Staatsschuldscheinen besessen, von dem die Bekl. 4000 Thlr. in Besitz habe, die sie von der A. für Dienste geschenkt erhalten zu haben behauptete. Kläger bestritt diese Schenkung und verlangte Herausgabe. Das ObTr. wies die Klage ab, weil Kläger habe beweisen müssen, daß die Staatsschuldscheine von der A. noch bis zu ihrem Tode besessen, daß die Papiere im Nachlaß gewesen und aus diesem oder der A. bei Lebzeiten in strafbarer Weise entwendet;

Gründe: c. Der Kläger, nach dessen eigenem Vortrage der Verklagte die fraglichen Rentenbriefe schon um das Jahr 1853 an sich genommen, hat nicht behauptet, daß dies unredlicher Weise und gegen den Willen der Wittwe v. A. geschehen sei, noch, daß sie diese Hinnahme zu einem bestimmten vorübergehenden Zwecke, etwa zur einstweiligen Aufbewahrung bewilligt habe. Er klagt daher weder aus einem Vertrags- noch Delikts- oder einem ähnlichen Rechtsverhältnisse, welches er ja bestimmt anzugeben hätte. Auch eine condictio sine causa, welche angestellt zu haben er behauptet, hat er nicht substantiirt, wozu gehören würde, daß er den Hergang, wie der Verklagte in den Besitz der Rentenbriefe gekommen, und daß dieser Hergang nach dem, wie die Sache sich rechtlich gestaltet habe, nicht geeignet sei, dem Verklagten Eigenthum oder sonstige Rechte auf die Rentenbriefe zu verleihen, angegeben hätte. Seine Angaben beschränken sich darauf, daß die Wittwe v. A., seine Erblasserin, Eigenthümerin und Besitzerin der Rentenbriefe war, etwa fünf Jahre vor ihrem Tode aber der Verklagte in den Besitz derselben gekommen ist. Es ist also die reine Vindikation erhoben worden. Diese aber kann gegen einen redlichen Besitzer der, auf den Inhaber lautenden, Papiere nach den §§ 47, 45, 46 I 15 ALR. nur dann erhoben werden, wenn er dieselben unentgeltlich überkommen hat, worunter selbstverständlich ein Ueberkommen vom Eigenthümer selbst vermöge einer rechtsgültigen Schenkung nicht mitbegriffen ist. Auch dieses: daß Verklagter die Renten-Briefe ohne eine rechtsbeständige Willenserklärung der Wittwe v. A. von ihr oder von einem Anderen unentgeltlich überkommen habe, hat Kläger nicht behauptet. Vielmehr soll nach seiner Behauptung Verklagter selbst dieselben an sich genommen haben. Da Kläger den Hergang, wie dies geschehen, nicht hat angeben können, so muß Verklagter für einen redlichen Besitzer der Rentenbriefe erachtet werden, § 180 I 7 ALR. Bei anderen Sachen reicht zur Vindikation derselben auch gegen den redlichen Besitzer, der vom Vindikanten geführte Nachweis, daß er früher einmal das Eigenthum daran erlangt habe, so lange hin, bis ihm nachgewiesen wird, daß er das Eigenthum wieder verloren habe. Gerade aber dies wird für baares koursirendes

---

das Eigenthum der A. vor Jahren genüge nicht, um die Fortdauer bis zum Tode präsumiren zu lassen und zur Rückforderung zu berechtigen, die §§ 18, 178 I 7 griffen auch hier durch. Die Begründung ist unklar und zum Theil nicht richtig, das Ergebniß aber doch den §§ 45 bis 47 h. t. entsprechend, da für den unredl. Erwerb der Bekl. nichts dargethan war. In StrA. 92 S. 197, vgl. unt. Nr. 221, Bd. 2 S. 391, wurde auf Herausgabe eines Rentenbriefs geklagt mit der Behauptung, daß der Bekl. ihn aus dem Nachlaß des Erblassers des Klägers, dessen Eigenthum erwiesen war, entwendet. Der Bekl. wendete Schenkung durch den Erblasser ein, der 2. Richter verurtheilte, weil die Vermuthung gegen die Schenkung spreche, § 1040 I 11. Das ObTr. hat auch hier vernichtet, weil die Angabe des Titels die Beweislast nicht übertrage, die Rückforderung nach §§ 45—47 h. t. den Beweis nicht blos des Eigenthums, sondern des unredlichen Besitzes fordere, deshalb die Entwendung zu beweisen. Ebenso StrA. 2 S. 219, wo der Erbe des A. behauptete, daß im Nachlaß 6 Stück Eisenbahnaktien sich befunden, die der Bekl. besitze und deshalb herausgeben müsse. Der Bekl. gab zu, daß er Aktien andrer Art vom Erblasser bei dessen Lebzeiten geschenkt erhalten. Das ObTr. wies ab, weil nicht konstatirt, daß die Papiere, abgesehn von ihrer ungenügenden Bezeichnung, im Nachlaß gewesen, die Behauptung, daß der Erblasser sie früher besessen, nach §§ 45, 46 h. t. nicht genüge, der Bekl. nicht verbunden sei, sich über den Erwerb auszuweisen, auf die von ihm behauptete Schenkung deshalb nichts ankomme.

Für die Frage, ob der Bekl. redl. oder unredl. Besitzer ist auf die Vorschriften in den §§ 11, 15 I 7 zurückzugehn, nach denen der Begriff des redlichen und unredlichen Besitzers auch für die §§ 45 ff. h. t. und den Art. 307 HGB. zu bestimmen. Vgl. Nr. 254, 254b., 255. Redlich ist danach, wer beim Erwerben von dem mangelnden Eigenthum seines Auktors nichts wußte und auch bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit keinen Grund hatte, daran zu zweifeln. Auf Mängel der Verfügungsfähigkeit des veräußernden, wirklichen Eigenthümers bezieht sich das nicht. (Dernburg 1 § 188_{15} anders.) Der unvorsichtige Erwerber im Sinne § 15 I 7 steht dem unredlichen ganz gleich; dies gilt unbedenklich auch für die §§ 45 ff. h. t., StrA. 92 S. 12, und den Art. 307 HGB., zumal

Geld und die nicht außer Cours gesetzten Papiere auf den Inhaber durch die §§ 45—47 a. a. O. in der Regel ausgeschlossen. Obwohl daher Verklagter für seine Behauptung, daß die Wittwe v. A. ihm die Rentenbriefe zur Vergütung seiner vieljährigen Dienstleistungen, und damit er nach ihrem Tode für Messen 100 Thlr. verwende, was er gethan, gegeben habe, keinen Beweis erbracht hat, so schützt ihn doch gegen die Vindikation der angeführte § 47. In einer ganz ähnlichen Sache hat auch das Erk. StrA. 31 S. 167 zu Gunsten des Besitzers entschieden. Anders lag der im ObTr. 11 S. 296*) beurtheilte Fall. Die Haushälterin des verstorbenen früheren Eigenthümers der Staats-Schuldscheine behauptete zwar, dieselben von ihm geschenkt und übergeben erhalten zu haben; sie gab aber selbst an, daß sie dieselben unter sein Kopfkissen gelegt habe, wo sie bei seinem Tode gelegen hätten, und von wo sie dieselben weggetragen habe. Danach ergab sich nicht einmal, daß sie bei dessen Tode sich im Besitze derselben befunden habe. Das ObTr. hat dann weder die Schenkung noch die Uebergabe als erwiesen angenommen und die Haushälterin zur Herausgabe verurtheilt.

Ebenso ist in dem in v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 176 nota pp. erwähnten Prozesse in Sachen B. wider L. vom ObTr. am 26. Okt. 1844 auf Erhebung des von den Verklagten darüber, daß der Erblasser des Klägers ihnen die streitigen Stamm-Aktien geschenkt habe, angetretenen Beweises resolvirt worden, weil die Beklagten selbst nicht behauptet hatten, gegen Entgelt in Besitz derselben gekommen zu sein, selbst Papiere auf den Inhaber aber vom redlichen Besitzer, der solche unentgeltlich überkommen hat, dem Eigenthümer herausgegeben werden müssen.

Gründe: d. Klägerin stützt zwar ihren Klageantrag hauptsächlich auf den Umstand, daß Verklagter die Papiere von einem ganz unbekannten Mann, den er selbst für einen Landmann, also für eine Person gehalten, die mit solchen nicht zu handeln und nach ihrem Stande und ihrer Lebensart nicht zu besitzen pflegen,

---

*) Erk. a.

---

auch Art. 74 WO. grobe Fahrlässigkeit der mala fides gleichstellt. Daß der unrechtfertige Besitzer im Sinne 14 I 7 gegen dessen Vorschrift hier dem unredlichen nicht gleichsteht, sagt das Erk. in den Rechtsfällen 2 S. 312 nicht und ist auch nicht begründet (vgl. F. [E.] a. a. O. Anm. 53). Vgl. Erk. c. Nr. 254 u. RG. 11 S. 293 daselbst. In dem entschiedenen Falle hatte eine Ehefrau zur Bezahlung einer Waarenschuld einen Staatsschuldschein gegeben, den sie ihrem Ehemann entwendet. Die vind. ist abgewiesen, weil die Behauptung, daß der Zahlungsempfänger von der Entwendung gewußt, unerwiesen geblieben. Der § 14 I 7 ist gar nicht erwähnt. Die §§ 18, 19 h. t. stellen den Erwerber von einer verdächtigen Person dem unredlichen gleich. Vgl. Erk. c. Nr. 254. Nach dem Präj. Erk. d. soll dies auf Inhaberpapiere nicht Anwendung finden. Abweichend ist in StrA. 11 S. 206, 213 § 18 h. t. auch auf die §§ 45 ff. h. t. angewendet, in StrA. 37 S. 211 der Satz vorsichtiger dahin formulirt, daß die §§ 18, 19 h. t. auf Inhaberpapiere nicht so wie bei andren Sachen anwendbar. In der That ist die Begründung des Erk. d. nicht überzeugend. Ist Verdacht gegen die Person des Veräußerers begründet, so ist nicht abzusehn, weshalb nicht § 15 I 7 anzuwenden, auf dem die §§ 18, 19 h. t. doch offenbar beruhen. Hier wie in allen Fällen wird es auf eine verständige Beurtheilung der konkreten Sachlage ankommen. Davon geht auch StrA. 8 S. 75 u. 37 S. 211 aus, wenn es ausführt, daß der Erwerb von Werthpapieren ohne Koupons nicht absolut, aber unter Umständen als unvorsichtiger Erwerb im Sinne des § 15 I 7 (§ 18 h. t.) gelten kann. Nur die bloße öffentl. Bekanntmachung soll nach §§ 52, 53 h. t. nicht hinreichen, um die mala fides oder Unvorsichtigkeit zu erweisen; der sichre Erwerb von solchen zum Kursiren bestimmten Papieren soll durch die Sorge um frühere Bekanntmachungen nicht erschwert werden. Nach RG. 6 S. 86 ist diese Bestimmung auch durch die Art. 306 ff. HGB. nicht berührt, durch Art. 308 vielmehr aufrecht erhalten. In einer spätren Entscheidung (das. S. 89 Anm.) ist indessen angenommen, daß die Nichtbeachtung solcher öffentl. Bekanntm. durch einen Bankier in Verbindung mit dem Ankauf nicht gangbarer Papiere von einem völlig Unbekannten ohne jeden Versuch der Legitimation grobe Fahrlässigkeit enthält. Auch hier wird also Alles auf die konkrete Sachlage und deren thatsächliche Beurtheilung an-

gekauft, folglich sich nach § 19 I 15 ALR. mit einer verdächtigen Person eingelassen habe, und demgemäß nach §§ 17, 18, 20 ebendas. einem unredlichen Besitzer gleich geachtet werden müsse. Allein abgesehen davon, daß sich unter den jetzigen Verhältnissen nicht behaupten läßt, daß Landleute Staatspapiere nicht zu besitzen pflegten, so können auch diese gesetzlichen Vorschriften für den vorliegenden Fall nicht maaßgebend sein. Sie gelten nicht für die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, deren Natur schon die Ausnahme von den allgemeinen, für andere Sachen geltenden Vorschriften, daß jeder Erwerber einer Sache prüfen müsse, ob der, welcher sie ihm überlassen will, auch unverdächtig sei, und daß er zu seiner eignen Sicherung auch seinen Vormann angeben müsse, von selbst bedingt. Der Zweck solcher Papiere ist gerade, den jedesmaligen Besitzer der Verpflichtung zu seiner Legitimation zu überheben. Der Aussteller, hier der Staat, verpflichtet sich gleich bei der Ausstellung, jeden Besitzer des Papiers als legitimirt anzunehmen, der Besitz allein soll also die Legitimation gewähren, und eben deshalb bedarf es auch zur Uebereignung von Instrumenten, die auf jeden Inhaber lauten, keiner Cession, § 401 I 11 ALR. Auch die Natur des Verkehrs, zu welchem solche Papiere bestimmt sind, führt die Nothwendigkeit mit sich, daß der Besitzer eines solchen an sich zur Disposition über dasselbe für befugt erachtet werden muß, und dem Wechsler, dem es zum Verkaufe präsentirt wird, nicht die Verpflichtung auferlegt werden könne, sich auf eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Besitzes eines solchen Verkäufers einzulassen, demgemäß es auch gleichgültig erscheint, ob der Veräußerer im Sinne des § 19 I 15 für verdächtig hätte gehalten werden können, da auch ein solcher von dem rechtmäßigen Eigenthümer beauftragt sein kann, das Papier umzusetzen, und zur Gültigkeit dieses Auftrages es eben nur der Behändigung der lettre au porteur zu jenem Zwecke bedarf. Nur der, der wissentlich oder unter Umständen, die nur einen widerrechtlichen Erwerb annehmen lassen, ein solches Papier von dem unrechtmäßigen Besitzer desselben erworben hat, macht sich daher dem Eigenthümer verantwortlich. Dies geht denn auch aus der Fassung der Gesetze deutlich hervor; denn im § 1, 32 I 15 wird zunächst von der Verfolgung des Eigenthums

---

kommen. Ueber die wichtige Frage der Bedeutung der mala fides des Bevollmächtigten, § 22 I 7, vgl. den Fall StrA. 11 S. 206, 213 unt. Nr. 140, Bd. 1 S. 676 u. unt. Nr. 241, Bd. 2 S. 614, 615. Vgl. auch RG. 9 S. 143 über die Bedeutung der mala fides eines socius bei Erwerb durch die societas nach errichteter Sozietät oder durch Illation, Art. 306 HGB.

In RG. 13 S. 127 hatte A. an B. Inhaberpapiere geliehen, um sie zur Verpfändung an C. zu benutzen (vgl. zu § 229 I 21 StrA. 80 S. 232). Nachdem die Pfandschuld getilgt und B. in Konkurs gerathen, wurde die Klage des Verwalters gegen C. auf Herausgabe abgewiesen, weil C. sein kaufmännisches Retentionsrecht wegen Forderungen aus andren Geschäften geltend machte. Demnächst klagte A. gegen C. auf Herausgabe. C. berief sich auf die §§ 45—47 h. t. und sein Retentionsrecht aus art. 313 HGB., ist aber in 2. u. 3. Instanz verurtheilt. Die Klage des A. war die vindic., die gegen C. nur durch dessen mala fides zu begründen. C. war aber unredlicher Besitzer im Sinne § 11 I 7, §§ 45, 47 h. t., weil er den Besitz nur für die Zeit der Existenz der Pfandschuld erhalten, nach Ablauf der Zeit; der Pfandgläubiger erscheint nach Tilgung der Pfandschuld auch als unentgeltlicher Besitzer. Auf Art. 307 HGB. konnte der Bekl. sich nicht berufen, weil derselbe auf den Retentionsberechtigten nicht zutrifft, OHG. 15 S. 422. Vgl. OHG. 18 S. 22.

Die §§ 33, 34 ff. h. t., I 7 §§ 180 ff., können auf den Fall der §§ 45 ff. h. t. mit Rücksicht auf die dem Kläger obliegende Beweispflicht nicht angewendet werden.

Aus §§ 45, 47 ergiebt sich, wie bereits hervorgehoben, daß der redliche Erwerber von Inhaberpapieren Eigenthümer wird. Konsequent folgt daraus, daß der Erwerb von solchem redlichen Erwerbe dem Erwerber Eigenthum geben muß, auch wenn er in mala fide war und unentgeltlich erworben hat. Dem früheren Eigenthümer kann eine vindic. nicht mehr zustehn, da er kein Eigenthum mehr hat. So ObTr. 32 S. 75.

Die vindic. ist nach § 47 h. t. Art. 15 des Preuß. EG. z. HGB. u. § 3 Nr. 6 des RGes. v. 5. Juni 1869, nach welchen dies auch für die Art. 306, 307 HGB. gilt, bei Inhaberpapieren nur ausgeschlossen, wenn sie nicht außer Kurs gesetzt. Sind sie ord-

überhaupt, und unter welchen Umständen und Voraussetzungen solche statthaft ist, gehandelt und dann werden nur in §§ 42 ff. ebendas. die Ausnahmsfälle aufgeführt, für welche die vorher gegebenen Regeln nicht stattfinden, und zu diesen werden im § 47 die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, wenn sie nicht außer Kurs gesetzt sind, ausdrücklich gezählt und bestimmt, daß der Eigenthümer die ihm, als solchen, in Beziehung auf das ihm entzogene Eigenthum zustehenden Rechte bei diesen Ausnahmefällen nur ausüben könne, einem unredlichen oder unentgeltlichen Erwerber gegenüber. Auch hat das ObTr. die hier entwickelten Grundsätze bereits in dem Erk. v. 23. Juni 1839 in Sachen H. wider S. angenommen,

Da nun der Verklagte, nach seiner nicht widerlegten Angabe die fraglichen Papiere durch lästigen Vertrag und zwar für den Tages-Kurs erworben hat, so kann der Umstand allein, daß dies von einem Unbekannten geschehen war, ihn der Klägerin nicht verantwortlich machen, und mußte demgemäß die in ihrem Resultate richtige Entscheidung des ersten Richters, wenn schon aus anderen als den von diesem angeführten Gründen, wiederhergestellt werden.

Gründe: e. Die Papiere an den Inhaber, au porteur, sind negoziabele Werthzeichen mit abstraktem Schuldversprechen und Unbestimmtheit des Gläubigers, denen zwar zumeist eine obligatorische causa, d. i. eine Rechtsbeziehung zu dem ursprünglichen Gläubiger zu Grunde liegt, bei denen aber für die Verkehrsbewegungen die obligatorische Entstehungsursache völlig zurücktritt, so daß das Papier unabhängig von der Rechtsbeziehung zu einem bestimmten Gläubiger, gleichsam wie das Geld, durch die Thatsache des Besitzes als Werthobjekt und als Zahlungsmittel dient. Die Obligation, wenn man diese als fortdauernd wirksam ansehen will, verkörpert sich, mit völliger Ablösung von der Person des ursprünglichen Gläubigers, in dem einseitigen Skripturakte, und die Urkunde, in ihrer äußeren abstrakten Form, ist der Träger des absoluten Rechtes aus dem Schuldversprechen. Durch diese Loslösung des Papiers von der Obligation und durch die Verlegung der rechtswirkenden Kraft in das abstrakte Schuldversprechen und in die Thatsache des Besitzes tritt das Inhaberpapier, nach den

---

nungsmäßig außer Kurs gesetzt, so findet die vindic. unter denselben Voraussetzungen wie bei andren Sachen statt. Der § 47 setzt ebenso wie Art. 307 HGB. zum Kursiren bestimmte Papiere voraus, eine Bestimmung, die durch den Vermerk „außer Kurs" inhibirt, wenn auch dadurch die Natur des Papiers als Inhaberpapiers nicht aufgehoben wird, da die Bestimmung zum Kursiren jederzeit wiederhergestellt werden kann, StrA. 79 S. 179. Der Vermerk bezweckt, rechtswirksame Veräußerung und Verpfändung ohne Genehmigung desjenigen zu verhindern, zu dessen Gunsten das Papier außer Kurs gesetzt. Vgl. RG. 4 S. 138 für einen gemeinrechtlichen Fall, wo zugleich die Frage erörtert, nach welchem örtl. R. die Gültigkeit des Vermerks zu beurtheilen. (Emissionsort, Vermerkort, Verfügungsort?) Veräußerung ohne Genehmigung des Berechtigten kann danach Eigenthum nicht übertragen, begründet die vindic. gegen den Erwerber, der regelmäßig als unredlicher Besitzer erscheinen und deshalb nach §§ 17 ff. unentgeltlich wird herausgeben müssen und zwar mit den Talons, die Zubehör des Papiers (wenn auch nicht ebenfalls Inhaber-, sondern Legitimationspapier), und den Koupons als den Früchten der Sache. Indessen ist redlicher Erwerb konkret möglich, wenn der Erwerber den Veräußerer ohne Verschulden für den nach dem Vermerk Berechtigten gehalten, oder den ungültigen Inkurs-Vermerk ohne Fahrlässigkeit für ordnungsmäßig halten konnte. Solche Fälle behandelt ObTr. 24 S. 381 (StrA. 8 S. 208) u. StrA. 13 S. 247. In erstrem war ein außer Kurs gesetzter Pfandbrief vom Depositalrendanten aus dem Depositorium gestohlen und mit gefälschtem Inkursvermerk verkauft. Der Käufer ist zur Herausgabe, aber nur gegen Erstattung des Kaufpreises und unter Belassung der Zinsen bis zur Erstattung verurtheilt, § 189 I 7, vgl. unt. Nr. 255. In letztrem Falle war ein Pfandbrief durch das Depositorium des Gerichts außer Kurs, dann wieder in Kurs gesetzt, verloren gegangen und in den redlichen Besitz des Bekl. gelangt, gegen den der Eigenthümer auf unentgeltliche Herausgabe klagte, weil der Inkursvermerk nicht des Depositoriums, sondern des Gerichts selbst nöthig gewesen. Die Klage ist abgewiesen, weil Bekl., der den Vermerk für genügend habe erachten können, als redl. Besitzer nur gegen Erstattung des von ihm gezahlten Preises zur Herausgabe verpflichtet.

Formen des dinglichen Rechtsverkehrs, in die Reihe der allgemeinen, merkantilen Zahlungsmittel ein, — v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 92. ff.; Kuntze, Inhaberpapiere S. 266 ff., 289 ff., 374 ff.; Stein, Inhaber- und Orderpapiere S. 2, 10 ff. Siegel Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 10, 110 ff.; 115, 128.

Dieser Begriff von Inhaberpapieren nach ihrem inneren Wesen und ihrem praktischen Verkehrszwecke paßt in keinerlei Weise auf ein Sparkassenbuch der vorliegenden Art.

Das Sparkassenwesen ist in Preußen aus national-wirthschaftlichen Gründen staatlich geordnet, indem das Regl. v. 12. Dez. 1838 (GS. 1839 S. 5) zur Sicherstellung sowohl Derer, welche den Anstalten ihre Ersparnisse anvertrauen, als auch der Gemeinden, welche dieselben unter ihrer Vertretung errichten, allgemeine Regeln für die Gründung und Verwaltung der Sparkassen aufstellt. Nach diesem Reglement sollen die Sparkassen die ihnen anvertrauten Ersparnisse unter Garantie der Gemeinden gesondert von anderen Kassen der Stadtverwaltung zinsbar anlegen und verwalten, Nr. 6, 19, 20, die Einlagen auf den Namen des Einlegers eintragen und die Bücher auf den Namen des Einlegers stellen, Nr. 14, 22. Unter Beobachtung der in dem Reglement aufgestellten Grundsätze soll jede Sparkasse ein vollständiges Statut zur Bestätigung des Ober-Präsidenten vorlegen, in welches auch eine Bestimmung dahin aufgenommen werden darf:

„daß jedem Inhaber des Sparkassenbuchs der Betrag ohne weitere Legitimation werde ausgezahlt werden, und die Kommune nach Einlösung desselben dem Einzahler oder dessen Erben keine weitere Gewähr leiste, dafern nicht vor der Auszahlung ein Protest dagegen eingelegt worden sei, Nr. 14."

Allein durch diese Klausel soll nach den Motiven des Reglements im Interesse der Gemeinden die Auszahlung der Einlagen nur erleichtert werden. Die rechtliche Natur der Sparkassenbücher, als Namen-Papiere, wird dadurch nicht geändert. Vielmehr bestimmt das Reglement bezüglich der schon bestehenden Sparkassen unter Nr. 22.:

Ueber Bedingung und Form des Außer- und Inkursvermerks bestimmen die §§ 48 ff. h. t. und die dazu ergangenen Gesetze v. 16. Juni 1835, 4. Mai 1843 (V. v. 16. Aug. 1867). In ObTr. 49 S. 160 ist dazu ausgesprochen, daß Sparkassenverwaltungen keine öffentl. Behörden, welche zur ordnungsmäßigen Inkurssetzung befugt, und in ObTr. 61 S. 94 die Frage nach der Farbe des Stempels behandelt; erstres kann konkret z. B. bei städt. und andren öffentl. Verwaltungen nach der Art der Organisation sich anders gestalten.

Die wichtige Frage, was unter Papieren auf den Inhaber im Sinne § 47 h. t. u. Art. 307 HGB. zu verstehn, ist im Erk. e. behandelt und die Qualität der Sparkassenbücher als solche verneint. Daß dieselben nichts als Schuldurkunden über eingelegte Gelder, keine lettres au porteur, bei denen die bloße Thatsache der Innehabung zur Verfolgung aller Ansprüche aus dem Papier durch den Inhaber als Gläubiger legitimirt, daß sie, da sie von Anfang an einen bestimmten Gläubiger dokumentiren, selbst dann keine Inhaberpapiere, wenn der Präsentant statutenmäßig der Legitimationsführung, die Kasse der Prüfungspflicht enthoben, daß sie keine Sachen, die getrennt von dem in ihnen beurkundeten Forderungsrecht einen selbstständigen Vermögenswerth haben, ist mit seinen Folgerungen für die Art der Eigenthumsübertragung bei Verkauf und Schenkung bereits unt. Nr. 33, Bd. 1 S. 120, Nr. 211a., Bd. 2 S. 252 u. unt. Nr. 222, Bd. 2 S. 397 erörtert. Vgl. das. namentlich Erk. d. u. die Erk. StrA. 65 S. 78; 89 S. 111; 69 S. 273; 63 S. 95 und damit übereinstimmend RG. 9 S. 246; 10 S. 40; 11 S. 239 (gem. R.). In StrA. 65 S. 78, wo es sich um die Frage handelt, ob das Eigenthum am Sparkassenbuche durch Cession oder Uebergabe zu übertragen, deduzirt das ObTr., daß das charakteristische Merkmal der Inhaberpapiere in der Unbestimmtheit des Gläubigers liege; durch die Ausstellung des Papiers sei der einseitige Wille des deb. dokumentirt, sich verpflichten zu wollen, der Gläubiger unbestimmt gelassen, die Unbestimmtheit werde beendet in dem Augenblicke, wo dem deb. die Zahlung abgefordert; durch die Präsentation werde die Obligation zum Abschluß gebracht (?); das Gläubigerrecht in der Person des Präsentanten fixirt. Deshalb könne kein Inhaberpapier vorliegen, wo, wie bei den Sparkassenbüchern, der Gläubiger von vornherein feststehe. Dies trifft bei allen Papieren zu, die auf Namen lauten, aber in blanco übertragbar sind, weil auch bei ihnen nicht der

Diejenigen Sparkassenbücher, welche gegenwärtig auf jeden Inhaber ausgestellt sind, behalten fortwährend ihre Gültigkeit. Neue Sparkassenbücher dagegen sind nach einer gestellten Frist lediglich in der unter Nr. 13 vorgeschriebenen Form auszustellen.

Dieses Reglement, von Sr. Majestät Allerhöchst vollzogen, durch das amtliche Organ der Gesetzsammlung publizirt und erst neuerdings in dem Ges. v. 26. Juli 1876, betr. die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, § 152 (GS. S. 336)*) ergänzt, verbietet geradezu die Ausstellung von Sparkassenbüchern au porteur.

Das Statut der Sparkasse der Stadt W. v. 12. Februar und 14. Mai 1846, welches auf Grund des vorstehenden Reglements errichtet ist, enthält in Uebereinstimmung mit dem letztern im § 12 die Bestimmung: „Jeder, welcher Geld in die Sparkasse einlegt, erhält ein auf seinen Namen sprechendes Sparkassenbuch", — und dieser Bestimmung gemäß lautet das in Rede stehende Sparkassenbuch auch auf den Namen der M. W. in W. Dasselbe stellt sich daher äußerlich nicht einmal als ein Inhaberpapier dar, denn es enthält einen bestimmten Gläubiger und eine bestimmte Obligation. Das Statut bestimmt nun allerdings im § 18: „Die Sparkasse ist berechtigt und verpflichtet, jedem Inhaber des Sparkassenbuches gegen Vorzeigung resp. Rückgabe desselben den Betrag.... auszuzahlen", — allein diese Klausel vermag, vorstehend erwähnten Momenten gegenüber, dem Sparkassenbuch nicht die Inhaberqualität zu verleihen, da sie nichts anderes ausdrückt, als wozu das Reglement v. 12. Dez. 1838 die Gemeinde für berechtigt erklärt, nämlich die Bestimmung in das Statut aufzunehmen: „daß jedem Inhaber des Sparkassenbuches der Betrag ohne weitere Legitimation werde ausgezahlt werden", — und zwar, wie in dem Reglement ausdrücklich vorgeschrieben, unbeschadet der Namens-Qualität des Papiers. Jene Klausel kann das Sparkassenbuch nur zu einem unvollkommenen Inhaberpapiere machen, d. h. zu einem Namens-Papiere, mit Inhaberklausel, zu einem s. g. Legitimationspapiere, welches zur Erleichterung der Auszahlung den Aus-

*) Jetzt §§ 52, 53 Ges. v. 1. Aug. 1883 (GS. S. 237).

Inhaber, sondern derjenige Gläubiger wird, auf dessen Namen mit Ermächtigung des Gläubigers der Uebertragungsakt ausgefüllt wird, d. h. der als Cessionar oder Indossatar legitimirt ist. Vgl. RG. 4 S. 175 für mecklenb. Hypothekenbriefe. OHG. 19 S. 387 u. ebenso OHG. 3 S. 340; 2 S. 307 für Lebensversicherungspolicen, die weder dadurch Inhaberpapiere werden, daß sie statutenmäßig an den Inhaber oder legitimirten Inhaber zu zahlen, noch dadurch, daß sie keine bestimmte Person als Empfangsberechtigten bezeichnen. In allen solchen Fällen fehlt das Moment, daß die bloße Innehabung den Anspruch aus dem Papier begründet. Vgl. StrA. 63 S. 95 zu II 1 §§ 548, 549, 552.

Dabei ist aber festzuhalten, worauf bereits unter Nr. 252 aufmerksam gemacht, daß Papiere dieser Art, namentlich auch Sparkassenbücher, auch wenn sie keine Inhaberpapiere, und keine Waaren oder bewegliche Sachen im Sinne des Art. 306 HGB., die als solche zum Handel oder Umsatz bestimmt, RG. 10 S. 40, doch auch als selbstständige körperliche Sachen und als Pertinenz der Forderungen als Gegenstände des Eigenthums und Besitzes in Betracht kommen und insofern Gegenstand der vindic. (publ. poss.) und andrer petitorischer Klagen sein können. Dahin gehört der Fall StrA. 69 S. 273 Nr. 252 u. RG. 11 S. 239. In letztrem, nach gem. R. entschiedenen Falle hatte die A. sich aus dem Hause ihres Pflegevaters B. unter Mitnahme eines auf ihren Namen lautenden Sparkassenbuchs aus der verschlossenen Schatulle des B. entfernt. B. klagte gegen sie auf Anerkennung seines Eigenthums ev. Miteigenthums ev. Einräumung des Mitbesitzes, indem er behauptete, daß er die Einlagen auf den Namen der A. gemacht und daß die A. es erhalten sollte, falls sie sich gut führe und bei ihm bliebe. Die A. behauptet, daß sie die Einlagen theils selbst, theils B. für sie als Schenkung gemacht u. ihr das Buch widerrechtlich vorenthalten. Festgestellt wurde, daß die A. einen Theil der Einlagen selbst gemacht, wer die andren gemacht, blieb streitig. Das Reichsgericht führt hier näher aus, daß Sparkassenbücher, obwohl nicht Inhaberpapiere, doch in ihrer Eigenschaft als Schuldokumente wie andre Urkunden und Sachen Gegenstände des Eigenthums und Miteigenthums, der vindic. oder petitorischen Klage auf Regelung der Gemeinschaft sein können, und daß es für den Eigenthumserwerb nicht lediglich entscheidend, daß das Buch auf den

zahler berechtigt, aber nicht verpflichtet, ohne Prüfung der Legitimation an den Inhaber des Papiers zu zahlen. Kuntze, a. a. O. S. 522, 523—525.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das vorliegende Sparkassenbuch nach Inhalt, Form und Zweck der Urkunde kein Papier an den Inhaber, sondern eine auf einen bestimmten Gläubiger lautende Schuldurkunde ist, auf welche die Grundsätze über die Singular-Succession anwendbar sind, §§ 30 ff. I 16, §§ 45 ff. I 15 ALR.

Wenn hiernach schon der auf die Inhaberqualität gestützte Anspruch des Klägers unbegründet ist, so steht demselben aber auch die Errichtung eines die Inhaberklausel aufhebenden neuen Statuts entgegen. Dieses Statut ist von dem Ober-Präs. am 13. Okt. 1864 mit der Maßgabe genehmigt: daß der entsprechende § 18 des alten Statuts dahin lautet: die Sparkasse ist berechtigt und nicht verpflichtet, an jeden Inhaber zu zahlen. — Diese Abänderung lag in den gesetzlichen Machtbefugnissen des Ober-Präs., Nr. 12, 18 Regl. v. 12. Dez. 1838, Ges. v. 26. Juli 1876 § 152 Abs. 3. Dieses neue Statut ist in Gemäßheit des § 27 des alten Statuts vorschriftsmäßig publizirt und darin im § 34 die Aufforderung enthalten: „Alle diejenigen, welche unter den Bedingungen des gegenwärtigen Statuts ihre Einlagen in der Sparkasse nicht beruhen lassen wollen, werden in Bezug auf § 18 des Regl. v. 12. Dez. 1838 hierdurch aufgefordert, dieselben vor dem 1. Jan. 1865 gegen Rückgabe der Quittungsbücher abzuheben, widrigenfalls gegen sie angenommen werden soll, daß sie mit ihren Einlagen bei der Sparkasse unter den Bedingungen dieses Statuts verbleiben wollen.

Das ist das gesetzliche Präjudiz des erwähnten Reglements, unter welchem die Wirksamkeit einer Statutenänderung auch auf ältere Einlagen der Sparkasse ausgedehnt wird. Das vorliegende Sparkassenbuch steht unter dem Einflusse dieses Präjudizes, da die Einlage innerhalb der gestellten Frist nicht zurückgefordert worden ist. Der Kläger, als zeitiger Inhaber des Sparkassenbuches, kann sich daher auf die angebliche Inhaberklausel des älteren Statuts, die in dem neueren Statute aufgehoben worden ist, nicht ferner berufen. Er muß die Bestimmung des § 18 des neuen Statuts gegen sich gelten lassen.

Namen eines Andren als des Einzahlers geschrieben, zumal wenn dieser nie im redlichen Besitz oder Mitbesitz gewesen. Vgl. die §§ 671—673 I 11 ALR., die auch für das Preuß. R. eine gleiche Rechtsauffassung nicht ausschließen.

Von diesem Gesichtspunkte aus namentlich ist es nicht bedenklich, daß auch dem Aussteller eines Inhaberpapiers, dem Acceptanten eines Wechsels, vor der Aushändigung an den Berechtigten, dem Aussteller eines eignen Wechsels als ersten Eigenthümer des Papiers die vindic. unter denselben Voraussetzungen wie jedem spätren Inhaber zusteht, d. h. immer wenn nicht ein Andrer Eigenthümer geworden ist. Solchen Fall behandelt OHG. 17 S. 149, 160. Im Uebrigen folgt für die vindic. von Wechseln und den ihnen durch Art. 305 HGB. gleichgestellten s. g. Orderpapieren im Sinne der Art. 301—304 HGB., OHG. 7 S. 204; 19 S. 277; StrA. 62 S. 218, 227, aus Art. 74 WO., daß der Kläger außer seinem Eigenthum, d. h. daß er im Besitz der Urkunde und in der vorgeschriebenen Weise legitimirter Inhaber ihrer Forderung gewesen, OHG. 11 S. 360; 19 S. 325, beweisen muß, daß der beklagte Besitzer nicht gutgläubiger Besitzer, d. h. daß derselbe entweder überhaupt nicht vorschriftsmäßig als Inhaber legitimirt oder, wenn er legitimirter Inhaber, daß die Legitimation fehlerhaft, derselben mala fides oder grobe Fahrlässigkeit anhaftet, OHG. 7 S. 124, 126; RG. 4 S. 145, 149. Vgl. Rehbein, WO. zu Art. 74.

Der Fall des Art. 306 HGB. steht dem der §§ 45—47 h. t. nicht gleich, insofern aus der Beschaffenheit des Objekts der vindic. als Waare oder bewegliche Sache allein der Ausschluß der vindic. nicht folgt, sondern hinzukommen muß, daß der Besitzer sie von einem Kaufmann und dessen Handelsbetrieb erworben hat. Dies hat der Besitzer zu beweisen, um sein unanfechtbares Eigenthum darzuthun und die vind. zu beseitigen. Die Begründung der vindic. ist deshalb keine andre als bei beweglichen Sachen überhaupt; der Kläger ist aber, wenn der Bekl. den Beweis des Erwerbs im Sinne des Art. 306 erbringt, replicando zur Behauptung und zum Beweise der Unredlichkeit gezwungen. Vgl. Dernburg 1 § 188_{14}. Im Falle Abs. 4 Art. 306 findet die vindic. gegen Einlösung nach §§ 24 ff. h. t. statt.

Nr. 254. §§ 1, 11—16, 17, 24, 25, §§ 28—32; I 11 § 158; 20 §§ 73, 118, 119. Vindikation der Mobilien. Voraussetzungen. Der Beklagte. Der fictus possessor. qui liti se obtulit, qui dolo desiit possidere. Der Entschädigungsanspruch statt der Vindikation.*)

a. Erk. v. 6. Nov. 1876; StrA. 99 S. 83.
b. Erk. v. 5. Juni 1871; ObTr. 66 S. 59 (StrA. 82 S. 181).
c. Erk. v. 19. Dez. 1862; StrA. 47 S. 278.
d. Erk. v. 11. April 1864; StrA. 54 S. 63.

Im Falle a. wurde eine Grundstücksparzelle vindizirt und von der Beklagten eingewendet, dass die Parzelle zu dem von ihr und den Kindern und Erben ihres verstorbenen Ehemanns gemeinschaftlich besessenen gütergemeinschaftlichen Vermögen gehöre. Der 2 Richter wies die Klage deshalb wegen mangelnder Passivlegitimation ab. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle b. hatte A. an B. zwei Ochsen verkauft und durch constit. poss. übergeben, C., nachdem A. auf Klage des B. zur Herausgabe verurtheilt, die Ochsen von A. fortgeholt und für 75 Thlr. verkauft. Als B. gegen C. nun, weil dieser gewusst, dass A. die Ochsen an B. verkauft, auf Zahlung des erzielten Kaufpreises klagte, wendete C. ein, dass er selbst Eigenthümer gewesen. Der 2. Richter wies die Klage ohne weitres ab, weil B. nach §§ 11—15 h. t. zunächst die vindic. gegen die Käufer der Ochsen anstellen müsse. Das ObTr. hat vernichtet. — Im Falle c. hatte der Beklagte dem Fiscus gehöriges, demselben gestohlenes Kupfer von einer verdächtigen Person gekauft und weiter veräussert. Auf die Klage des Fiscus ist er in 2. u. 3. Instanz zur Entschädigung verurtheilt. — Im Falle d. waren aus der Bibliothek zu M. Bücher gestohlen, in den redlichen Besitz des Beklagten gelangt und von diesem mit Vortheil baar weiter verkauft. Die Bibliothekverwaltung klagte den baaren Mehrerlös ein und drang durch.

Gründe: a. Nach § 1 I 15 ALR. hat der wahre Eigenthümer das Recht, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzuforderen. Die Vindikationsklage richtet sich gegen den, der zur Rückgabe im Stande ist (l. 9 D. 6, 1: qui tenet et habet restituendi facultatem). Unbestritten befindet sich die Verklagte, wenn auch nicht allein und ausschließlich, im Besitze des Streitstückes; sie setzt mit den Kindern und Erben ihres im Jahre 1863 verstorbenen Ehemannes die Gütergemeinschaft nach der Pommerschen Bauer-Ordnung fort, und nach ihrer Behauptung gehört die streitige Wiese als ein Bestandtheil des Kruggrundstücks No. 2 zu Alt-G. zu dem gütergemeinschaftlichen Vermögen. Aber auch als Mitbesitzerin ist die Verklagte passiv legitimirt. Wie in dem diesseitigen Erk. StrA. 86 S. 17 ausgeführt ist, braucht der Eigenthümer einer im unberechtigten Besitze befindlichen Person gegenüber die Fortdauer dieses Verhältnisses nicht zu dulden, und wenn sich mehrere Personen in solchem Besitze befinden, steht es in seinem Belieben, ob er gegen die mehreren Personen zusammen oder nur gegen eine derselben den Anspruch auf Aufgebung des Besitzes und Rückgabe der Sache geltend machen will.

Der § 10 I 19 ALR., aus welchem der App.-Richter die Verpflichtung des Vindikationsklägers, die Klage gegen sämmtliche Besitzer anzustellen, herleitet, entscheidet nicht über die Passivlegitimation des einzelnen Mitbesitzers in einem gegen ihn angestrengten Vindikationsprozesse, vgl. das diesseitige Erk. Str A. 55 S. 194

*) Vgl. Windscheid 1 §§ 193, 196 unt. 2, 3; Dernburg, Pandekten 1 § 225; Preuß. Privatr. 1 § 246 unt. 2, § 247; Förster (Eccius) 3 § 180 unt. B. F. —

und ObTr. 48 S. 185, 50 S. 268. Ebensowenig finden die Vorschriften in den §§ 88, 89 I 7 und im § 378 II 1 ALR. hier Anwendung.

Denn es steht nicht in Frage, ob die von der Verklagten im Prozesse abgegebenen Erklärungen, ihr Verhalten im Prozesse, für ihre Mitbesitzer bindend sind, ob das gegen die Verklagte ergehende Judikat auch gegen ihre Mitbesitzer wirksam und vollstreckbar wird.

Die Verklagte, welche vermöge der Fortsetzung der Gütergemeinschaft Besitz und Verwaltung des streitigen Grundstücks überkommen hat, ist in der Lage, den Besitz zu Gunsten des Klägers zu räumen; die Klage auf Herausgabe der Sache ist, sofern sie an sich begründet, mit Recht gegen sie angestellt, und dem Kläger bleibt überlassen, die zwischen ihm und den Gütergemeinschaftsgenossen der Verklagten etwa streitigen Ansprüche in einem besonderen Prozesse gegen die letzteren zum Austrage zu bringen.

Der App.=Richter hat hiernach § 1 I 15 ALR. durch unterlassene, die obigen von ihm angezogenen Vorschriften durch unrichtige Anwendung verletzt, weshalb sein Erkenntniß der Vernichtung unterliegt.

Gründe: b. Nach der Ansicht des App.-Richters soll Kläger, ehe er zu der Klage auf Entschädigung wegen der verkauften Ochsen für berechtigt angesehen werden kann, zunächst die Vindikationsklage gegen die beiden Personen anstellen müssen, an welche der Verklagte die zwei Ochsen verkauft hat. Dies sei im § 13 I 15 ALR. vorgeschrieben und Kläger habe nicht behauptet, daß er an diese sich nicht halten könne. Der Implorant hält diese Ansicht für unrichtig, weil der Verklagte aus seiner rechtswidrigen Handlung keine Rechte herleiten könne, § 35 I 3 ALR. Er könne nicht verlangen, daß Kläger zur Wiederherstellung des früheren Zustandes Bemühungen anwende, vielmehr sei er zu dieser Wiederherstellung oder zur Entschädigung verpflichtet, §§ 10, 11 I 6 ALR. Darnach beschuldigt der Implorant den App.=Richter der Verletzung der §§ 11—15 I 15 ALR., sowie der Rechtsgrundsätze des § 35 I 3 und §§ 10, 11 I 6 ALR., hält auch eine wesentliche Prozeßvorschrift für verletzt, weil die allegirten Gesetze doch event. dem Verklagten nur den Einwand gestatten, daß die Vindikation gegen die jetzigen Besitzer noch möglich sei und Kläger sich daher zunächst an diese halten müsse, dieser Einwand aber vom Verklagten gar nicht erhoben, sondern vom App.=Richter suppeditirt und Kläger darüber nicht gehört sei.

Der Vorwurf ist begründet. Bei der Verletzung, welche der Eigenthümer durch Entziehung des Besitzes einer zu seinem Vermögen gehörenden Sache erlitten hat, stehen demselben zur Aufhebung

---

Voraussetzung der vindic. auf Seiten des Bekl., welche der Kläger außer seinem Eigenthum zu beweisen hat, ist Innehaben der Sache, Besitz, Gewahrsam zur Zeit der Klage, ohne Unterschied, ob das Innehaben redlich oder unredlich, titulirt oder nicht titulirt, vollständig oder unvollständig, ob die Sache dem Kläger gestohlen oder wie sonst aus seinen Händen gekommen, § 137 I 2. Das Erk. a. legt dar, daß es auch darauf nicht ankommt, ob der Bekl. alleiniger oder nur Mitbesitzer. Vgl. auch § 248 I 12, wonach derjenige, der aus einer Erbschaft einzelne Sachen oder einen Inbegriff von solchen fordert, sich an den Besitzer der Erbsch. hält. Ebenso das im Erk. a. angezogene StrA. 86 S. 17, wo der beklagte Besitzer ebenfalls einwendete, daß er gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau besitze und der 2. Richter deshalb abgewiesen hatte. Der Kläger kann gegen jeden Besitzer klagen; wie weit er damit reicht, kommt für die Zulässigkeit der Klage nicht in Betracht, da der Beklagte jedenfalls soweit sein Mitbesitz reicht restituiren kann. Daß das Gegentheil aus § 10 I 19 nicht herzuleiten, ist klar, weil diese Vorschrift die Feststellung eines dinglichen R. gegen den Besitzer der dienenden Sache voraussetzt und mit gutem Grunde solche Feststellung nur gegen den Eigenthümer zuläßt, wovon bei der vind. überhaupt nicht die Rede sein kann. Dadurch wird die Frage nicht berührt, gegen wen die vindic. (neg., confessoria) gerichtet werden muß. Vgl. ObTr. 48 S. 178; 50 S. 268 zu § 378 II 1; StrA. 55 S. 193 zu I 19; RG. 2 S. 213, 215 unt. Nr. 157, Bd. 1 S. 815 u. unt. Nr. 257. Daß im Konkurse des Besitzers die vindic. gegen den Verwalter geht, folgt aus §§ 5, 9, 35 RKonkO. und war schon nach früherem R. nicht zweifelhaft.

dieser Verletzung mehrere Wege offen. Er kann sich an die Sache halten und deren Restitution von dem Besitzer derselben fordern (Vindikation), er kann aber auch von dem Verletzer selbst, demjenigen, welcher ihm den Besitz der Sache entzogen hat, verlangen, daß er ihn durch Erstattung des Werthes der Sache schadlos halte; dadurch wird die durch den Verlust der Sache erlittene Vermögensverminderung auf Seiten des Eigenthümers und die ungerechtfertigte Bereicherung des Vermögens des Verletzers ausgeglichen und der gestörte Rechtsstand wiederhergestellt. Zwischen diesen Klagen hat der Eigenthümer die Wahl. Dieses Wahlrecht hat der App.-Richter übersehen, indem er dem klagenden Eigenthümer nur den einen Weg, sich an die Sache zu halten, gestatten will. Die Gesetzesstelle, durch welche er diese Ansicht begründen will, der § 13 I 15 ALR., rechtfertigt dieselbe nicht. Dieser § welcher unter dem Marginale: „gegen wen die Vindikation stattfinde", steht, sagt, indem er sich an den § 12, welcher bestimmt, daß, wer sich zum Schaden des Klägers für den Besitzer der Sache fälschlich ausgegeben hat, für das ganze Interesse haftet, anschließt, folgendes: „Der Kläger ist also zwar schuldig, wegen der Sache selbst an den wahren Besitzer, insofern dieselbe gegen diesen noch vindizirt werden kann, sich zu halten."

„Wenn aber," fährt dann der § 14 cit. fort, „auch dieses geschieht, so bleibt doch der sich angebende falsche Besitzer wegen alles aus dieser Angabe erwachsenden Schadens und entgangenen Gewinnes ihm verantwortlich."

Im Anschlusse an den § 11 sagt der § 13 ganz konsequent: daß immer nur der eigentliche Besitzer der Sache der Verklagte in der Vindikationsklage sein könne, — und verläßt damit die röm. Theorie von der fictio possessionis, die bei demjenigen, qui liti se obtulit, angenommen wurde; aber es gilt die Bestimmung des § 13 nur für den Fall, wenn der Eigenthümer sich an die Sache halten will, wenn er die Vindikationsklage anstellt. Daß er diese Klage anstellen müsse, daß er sich nicht eher, als wenn dieselbe versucht, an den, von dem die Besitzentziehung ausgegangen, wegen Schadloshaltung halten könne, das wird in dem § 13 nicht gesagt. Es konnte dies auch nicht gesagt werden, da der letztere der Angreifer fremden Eigenthumes, durch diese ungerechtfertigte Handlung zu dem Eigenthümer in ein obligatorisches Verhältniß tritt, welches die Klage rechtfertigt. Die Anwendung des § 13 in dem Sinne, als müsse der Eigenthümer immer den eigentlichen Besitzer mit der Vindikation verfolgen, ist dem Vorbemerkten zufolge nicht gerechtfertigt, sie verletzt daher den § und deshalb erscheint die Nichtigkeitsbeschwerde begründet.

Dem Besitz kann wie im röm. R. eine solche Disposition über die Sache gleich stehn, welche ohne eignen Besitz zu schaffen, doch die Dispositionsfähigkeit des Eigenthümers aufhebt, hindert und im Erfolge der Entziehung gleichkommt, wie die Verhinderung der Aneignung, die Pfändung. Deshalb konnte in dem unt. Nr. 253 mitgetheilten Falle OGH. 18 S. 53 auch die Klage als vindic. gelten, und kann die s. g. Interventionsklage in der Zwangsvollstreckung als vindic. aufgefaßt werden, vgl. unt. Nr. 257, obwohl sie nicht nothwendig vindic. sein muß, z. B. auch cond. possess. sein kann. Feststellungsklage im Sinne § 230 CPO. ist auch bei Mobilien nicht undenkbar und solche Natur hat die in § 61 CPO. zugelassene Hauptintervention, soweit sie sich gegen die nicht besitzende Partei mitrichtet.

Ueber die auctoris nominatio s. unt. Nr. 254a.

Andre Ausnahmen kennt das Preuß. R. nicht, abweichend vom gem. R., welches die vindic. gegen den fictus poss. und den qui dolo desiit possidere zuläßt, d. h. denjenigen, der unredlich weiter veräußert oder sich wissentlich außer Stande gesetzt hat, zu restituiren. Die röm. Theorie von der fictio possessionis ist verlassen, Erk. b. Die Klage gegen den qui liti se obtulit ist nach §§ 12, 14 h. t. lediglich eine Schadensklage, ebenso aber auch die gegen den qui dolo desiit possidere. Auch gegen ihn giebt das Preuß. R. keinen binglichen Anspruch auf Restitution oder Verschaffung des Eigenthums, sondern nur die persönl. Klage auf Entschädigung, vgl. StrA. 94 S. 362 unt. Nr. 252, mit der Natur einer Deliktsklage, die grade deshalb aber auch nicht subsidiär sein kann, sondern, wie Erk. b. darlegt, dem Eigenthümer nach seiner Wahl zusteht. Ebenso wie Erk. b. auch RG. 11 S. 298. Unzulässig war die Verurtheilung auf die Klage in OHG. 16 S. 164, 168, wo die beklagte Wittwe aus dem Nachlaß ihres Mannes, über den der Konkurs eröffnet, ein Kutschgeschirr

Gründe: c. Abgesehen davon, daß der, welcher eine Sache von einer verdächtigen Person an sich gebracht hat, dem Eigenthümer oder besser Berechtigten gegenüber mindestens als unrechtfertiger Besitzer, § 17 I 15 ALR. und §§ 18—20 das. anzusehen, und als solcher nach § 14 I 7 ALR., soweit im Gesetze (§§ 232, 239—241 a. a. O.) selbst nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen Besitzer gleich zu achten ist, und daß schon deshalb der vom ersten Richter gemachte Unterschied der Verpflichtungen eines positiv oder negativ unredlichen Besitzers dem Vindikanten gegenüber, beim Mangel ausdrücklicher Gesetzesvorschriften, nicht zutreffend ist, so greift auch der § 15 I 7 gegen den Verklagten Platz. Danach aber ist derselbe ganz allgemein dem Eigenthümer oder besser Berechtigten gegenüber einem unredlichen Besitzer gleich zu achten. Und daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß alle gesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers auch auf ihn Anwendung finden müssen, insoweit und insofern das Gesetz selbst nicht etwa Ausnahmen macht. Dergleichen Ausnahmefälle sind aber in dem hier zur Anwendung kommenden I 15 ALR. „von der Verfolgung des Eigenthums" nicht statuirt.

Der § 1 stellt den Satz an die Spitze: daß der wahre Eigenthümer das Recht habe, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern.

Und die unter dem Marginale „gegen wen die Vindikation stattfinde" gegebenen Vorschriften der §§ 11—16 fangen im § 11 mit der Bestimmung an: daß das Recht der Rückforderung nur gegen den wirklichen Besitzer oder Inhaber der Sache resp. den von letzterem namhaft zu machenden Dritten, für den er besitzt, stattfinde.

Daran schließen sich die Bestimmungen in den §§ 12—16 an. Alle diese §§ geben dem Vindikanten, wenn die Rückforderung selbst gegen den wirklichen Besitzer überhaupt nicht oder nicht mit Erfolg statthaft ist, an Stelle der Vindikation einen Schadensersatz-Anspruch gegen den, welcher durch positive Handlungen, fälschliches Ausgeben für den Besitzer oder Fortschaffung resp. Weiterveräußerung der Sache ihm das Recht der Rückforderung der Sache selbst vereitelt (ganz unmöglich gemacht) oder erschwert hat. Für den Fall der Weiterveräußerung der Sache unterscheidet das Gesetz, ob sie nach oder schon vor Insinuation der Rückforderungsklage erfolgt ist. Geschah sie nachher, so ist der Veräußernde, ohne Rücksicht darauf, ob er den Besitz redlich oder unredlich oder ungerechtfertigt erworben hatte, in Folge der gesetzlichen Fiktion der mala fides superveniens durch Insinuation der Klage (§ 222 I 7 ALR., § 48c. I 7 AGO.) dem zur Vindikation Berechtigten unbedingt zum Schadensersatz verpflichtet. Erfolgte sie dagegen schon vor Insinuation der Klage, so ist zwischen dem redlichen und unredlichen Erwerber zu unterscheiden. Gegen den redlichen Besitzer findet ein

---

sich angeeignet, der Klage auf Herausgabe entgegengesetzt hatte, daß sie das Geschirr bereits vorher verkauft und übergeben, der 2. Richter aber gleichwohl zur Herausgabe verurtheilt hatte. Das OHG. vernichtete, weil Besitz zur Zeit der Klage unter allen Umständen erforderlich, um den Anspr. auf Restitution zu begründen, ein Anspr. auf Herbeischaffung dessen, was vor der Klage veräußert, nicht existirt. Vgl. StrA. 94 S. 362 unt. Nr. 256. An Stelle desselben tritt der Anspruch auf Schadensersatz, der zwar mit dem auf Herausgabe alternativ verbunden werden kann und nach § 240 Nr. 3 CPO. dem letztren substituirt werden kann, wenn sich im Laufe des Prozesses herausstellt, daß Bekl. nicht oder nicht mehr besitzt; denn auf dem Eigenthum beruht und zur Verfolgung desselben gehört auch dieser Interesseanspruch, OHG. 11 S. 390, 402. Aber der Anspruch gestaltet sich, wie Erk. c. näher darlegt, ganz verschieden, je nach dem vor der Klage redlich oder unredlich veräußert, oder nach der Klage veräußert. In letztrem Falle ist der Anspruch nach § 16 h. t. stets begründet, in erstrem Falle nur gegenüber dem unredlichen Besitzer. Dem unredlichen Besitzer im Sinne § 11 I 7 steht nach dem im §§ 14, 15 das. u. §§ 17, 18 h. t. ausgesprochenem Grundsatz der unrechtfertige und unvorsichtige Erwerber gleich. Davon geht Erk. c., RG. 11 S. 298 auf Grund der §§ 2, 11, 27, 23 und insbesondre § 20 h. t. aus, und ebenso ObTr. 67 S. 84. In letztrem Falle war dem A. von B. ein Pferd gestohlen und sofort an den Pferdehändler C. verkauft, der es an den gutgläubigen D. weiterveräußert hatte. A. klagte gegen C. auf Ersatz des an D. zur Einlösung gezahlten Kaufpreises, den dieser an C. gezahlt und der dem D. erstatteten Futterkosten, vgl. unt. Nr. 255 u. § 158 I 11, weil, wie festgestellt, C. das Pferd von dem ihm unbekannten B. ohne Legiti-

Schadensanspruch, wie dies schon in der Natur der Sache liegt, nicht statt, doch ist derselbe nach näherer Bestimmung der §§ 28 ff. I 15 ALR. einen bei der Veräußerung etwa erzielten Vortheil herauszugeben verpflichtet. Hat dagegen der unredliche Erwerber oder derjenige, der nach Vorschrift der Gesetze einem unredlichen Besitzer gleich geachtet wird, die Sache vor Insinuation der Klage veräußert, oder durch die Weiterveräußerung eine Rückforderungsklage gegen ihn selbst unmöglich gemacht (§ 11 a. a. O.), so haftet er dem Eigenthümer für dessen ganzes Interesse nach den §§ 12—15 a. a. O. Da im Fall des § 15 „eben diese", also die in den vorhergehenden §§ 12—14 enthaltenen Vorschriften stattfinden sollen, so hat der Eigenthümer sich zwar an den nunmehrigen Besitzer, sofern die Vindikationsklage gegen diesen statthaft ist, zunächst wegen Rückforderung der Sache zu halten (§ 13), derjenige aber, welcher sich des Besitzes entschlagen hat, bleibt ihm wegen alles aus der Weiterveräußerung erwachsenen Schadens und entgangenen Gewinns verantwortlich (§ 14). Hierbei ist kein Unterschied gemacht zwischen dem eigentlich unredlichen Besitzer im Sinne des § 11 I 7 ALR. und demjenigen, den das Gesetz einem unredlichen Besitzer gleich achtet (§§ 14, 15 das.). Und das hat auch seinen guten Grund darin, weil derjenige, welcher von Erwerb seines Besitzes an als unredlicher Besitzer fingirt wird und die Verpflichtungen eines solchen dem Eigenthümer oder besser Berechtigten gegenüber überkommt, sich davon willkührlich durch eigenmächtiges Handeln resp. Entäußern des Besitzes nicht frei machen kann. Ebenso folgt dies unabweislich aus der Vorschrift des § 28 a. a. O. Denn wenn selbst der redliche Besitzer dem Eigenthümer einen bei der Weiterveräußerung der Sache gewonnenen Vortheil, weil er sich zu dessen Schaden nicht soll bereichern dürfen, herausgeben muß, so kann und darf umsoweniger, ja geradezu unmöglich angenommen werden, daß der einem unredlichen gleich geachtete Besitzer der Sache durch deren Weiterveräußerung dem Eigenthümer sein Rückforderungsrecht sollte vereiteln und erschweren können und dennoch ihm nicht zum Schadensersatze verpflichtet sein, sondern das Recht haben sollte, den durch die Weiterveräußerung erzielten Vortheil sich anzueignen und für sich zu behalten.

Diesen Gründen gegenüber kann es nicht darauf ankommen, daß in den §§ 17—23 I 15 ALR. die Verpflichtung zum Schadensersatz hinsichtlich eines dem unredlichen gleich geachteten Besitzers nicht noch besonders ausgesprochen ist, und zwar umsoweniger, als die diesfälligen Grundsätze schon in den vorhergehenden §§ aufgestellt sind, und die §§ 17 ff. im Anschluß an die Regel des § 11 lediglich Vorschriften rücksichtlich der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten des Eigenthümers und des Besitzers für den Fall enthalten, daß die Rückforderung der Sache selbst statthaft und möglich ist, während die Schadensersatzklage eben nur da eintreten

mationsattest, Anh. § 49, V. v. 13. Febr. 1843, für 40 oder 45 Thlr. gekauft, obwohl B. zuerst 100 Thlr. gefordert hatte. Die Klage ist durchgedrungen, weil nach §§ 20, 77, 18 h. t., § 15 I 7 der unrechtfertige, unvorsichtige Erwerber dem unredlichen gleich behandelt werde.

Gegen den redlichen Erwerber, der vor der Klage gutgläubig weiterveräußert hat, ohne Eigenthümer geworden zu sein, geben die §§ 28 ff. einen auf den durch die (bei) Veräußerung gezogenen Vortheil beschränkten, verschieden abgestuften, § 30, § 32 h. t., Anspruch. Daß der Anspruch Veräußerung vor der Klageerhebung voraussetzt, bei Veräußerung nachher der Interesseanspruch eintritt, ist ganz unbedenklich. Ist durch die Veräußerung seitens des Eigenthümers Eigenthum übertragen, wenn auch rescissibel (z. B. in Folge Irrthums), so können, was OHG. 25 S. 130 dahin gestellt läßt, die §§ 28 ff. h. t. nicht, sondern nur die §§ 13, 14 I 16, §§ 262, 267 I 13 gegen den gutgläubigen Erwerber zur Anwendung kommen. Vgl. OHG. 25 S. 130 u. 17 S. 278 bei der cond. ind. I 16. Ebenso gehört der Fall nicht unter die §§ 28 ff. h. t., wo das Eigenthum zwar nicht durch die Veräußerung seitens der Eigenthümers oder den redlichen Erwerb seitens des Dritten, sondern durch die Präklusion des Eigenthümers verloren gegangen ist, § 23 Abs. 5 AusfGes. z. CPO. In StrA. 87 S. 176 hatte A. mit der Vindikation die Herausgabe eines Grundstücks gegen B. erstritten, welches gleich darauf in den Händen des B. auf Antrag eines Hypothekengläubigers subhastirt, so daß die Vollstreckung des Judikats unmöglich wurde. Als A. gegen B. auf Interesse wegen Nichterfüllung klagte, wies der 2. Richter ab, weil B. nicht unredlicher Verkäufer, deshalb nach §§ 28 ff. h. t. nur in subsidium hafte. Dies war offenbar verfehlt, weil es sich um

soll, wo die Rückforderungsklage durch Schuld des gewesenen Besitzers nicht mehr statthaft resp. gegen ihn unmöglich geworden ist.

Ebensowenig stehen die Vorschriften der §§ 159—162 I 11 ALR. der Ansicht des Revidenten zur Seite. Denn diese betreffen nicht das Verhältniß des Besitzers zu dem Eigenthümer oder besser Berechtigten, wenn von diesen die Sache zurückgefordert wird, sondern lediglich das Verhältniß des zur Herausgabe der Sache an den rückfordernden Eigenthümer genöthigten Besitzers zu seinem unmittelbaren Vormann. Das ist aber etwas ganz Anderes. Und wenn in letzterer Beziehung vom Gesetze zwischen dem unredlichen Besitzer und demjenigen, welcher blos deswegen, weil er bei Erkaufung der Sache nicht die gehörige Vorsicht angewendet hat und in Rücksicht des wahren Eigenthümers einem unredlichen Besitzer nach den §§ 12 ff. I 7 ALR. gleich geachtet wird, gleich diesem die Sache unentgeltlich herausgeben muß (§§ 17 ff. I 15 ALR.), der Unterschied gemacht wird, daß der erstere von seinem Vormanne keine Gewährleistung zu fordern, der blos unvorsichtige Ankäufer dagegen von seinem Vormanne das demselben gezahlte Kaufgeld zurückzuverlangen berechtigt sein solle, so hat dieser wesentliche Vorzug des letzteren vor jenem seinen guten Grund, wie Bornemann, System II S. 287 § 153 Nr. 4, überzeugend ausgeführt hat. Denn „dem wahren Eigenthümer gegenüber kann der unvorsichtige Erwerber einer fremden Sache auf den Schutz, welcher nur dem völlig makelfreien Besitzer bewilligt worden und werden konnte, keinen Anspruch machen, da er bei gehöriger Vorsicht den Erwerb hätte vermeiden können. Dem veräußernden Vormann gegenüber muß dagegen der unrechtfertige Besitzer einem redlichen vollig gleich geachtet

---

die eigentliche Interessenklage wegen Nichterfüllung im Sinne §§ 285 ff. I 5 handelte. Subsidiarisch ist der Anspruch nach § 28 („wenn nicht auf andre Art entschädigt werden kann") allerdings. Der Anspruch ist Anspruch auf Herausgabe eines Vortheils mit dem Schaden des Eigenthümers gleich dem in §§ 262, 267 I 13; §§ 13, 14 I 16, da die Verpflichtung zur Restitution durch die gutgläubige Veräußerung fortgefallen. Das Erk. d. behandelt den Fall des § 32 h. t., Anspruch nach Ablauf des Jahres, und geht davon aus, daß § 32 mehr verlangt, als § 265 I 13, d. h. daß der unt. Nr. 243, 243a., Bd. 2 S. 632, 644 behandelte Grundsatz, die Uebernahme des Vortheils begründe den Anspruch aus der nützlichen Verwendung, für § 32 ebensowenig ausreicht wie für den Fall § 203 I 16. Nur mit Rücksicht auf die Natur des Geldes wird eine faktische Präsumtion für die Fortdauer des Vortheils angenommen. Vgl. unt. Nr. 243a., Bd. 2 S. 657 u. unt. Nr. 243, Bd. 2 S. 636, 643 u. OHG. 16 S. 164, 167, wo die Frage nicht entschieden ist, sowie StrA. 88 S. 155 zu § 203 I 16. Selbstverständlich bleibt dem Beklagten unter allen Umständen der Nachweis, daß er das Geld verloren, ausgegeben, verschenkt hat. Vgl. auch ObTr. 49 S. 106 (StrA. 56 S. 261) unt. Nr. 258, § 23 Abs. 5 AusfGes. z. CPO. Ein Beispiel für die Anwendung der §§ 28 ff. giebt auch das Erk. Nr. 34, Bd. 1 S. 123. (Verkauf von Torf als Substanztheil.)

Andrer Natur und nicht hierher gehörig ist der schon nach dem Recht der AGO. in ObTr. 20 S. 517 und jetzt in § 38 RKonkO. direkt anerkannte Anspruch des Eigenthümers gegen die Konkursmasse des Besitzers seine Sache auf Herausgabe des zur Masse eingezogenen Erlöses der im Konkurse verkauften Sache. Dieser Anspruch hat die Natur der cond. sine causa, schon weil von vindic. des Geldes aus der Masse nicht zu reden. In ObTr. 20 S. 517 wird der Anspruch allerdings auf die §§ 1, 11, 20 I 15 zurückgeführt, vgl. §§ 220, 269 I 50 AGO. Liegt Verschulden des Verwalters vor, so ist der Schadensanspruch auch jetzt Masseanspruch.

Ebenso kann nach den §§ 1, 11 ff., 20 h. t. nicht die Frage entschieden werden, ob derjenige, der eine Sache auf Grund eines nach den Grundsätzen der §§ 22 ff. der KonkO. und des Ges. v. 21. Juli 1879 anfechtbaren Rechtsgeschäfts erworbene Sache vor Erhebung der Restitutionsklage veräußert hat, dem Anfechtungsberechtigten für den Werth haftbar ist. Denn eine dingliche Klage war diese Anfechtungsklage weder nach früherem R. noch ist sie es nach dem Reichsrecht. Vgl. § 30 Abs. 2, § 33 Abs. 2 KonkO.; § 7 Abs. 2, § 11 Abs. 2; Ges. v. 21. Juli 1879, und die abweichenden Auffassungen in Dernburg 2 § $131_{3,4}$; Förster (Eccius) 3 § 180_{105}; OHG. 10 S. 248; 17 S. 324; 21 S. 418, 419; ObTr. 61 S. 419; StrA. 8 S. 104.

Die Frage, ob der Bekl. durch Zahlung des Interesse Eigenthümer der Sache wird, ist in der Praxis nicht behandelt. Vgl. AGO. I 22 § 27.

werden, indem derjenige, welcher der Versicherung eines Andern ohne Weiteres traut, in Bezug auf diesen offenbar in bona fide ist ꝛc."

Hiernach kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Verklagte dem Kläger im vorliegenden Falle zur vollständigen Schadloshaltung verpflichtet ist. Deshalb sind auch die Ansprüche des Klägers, soweit sie ihm der App.-Richter zuerkannt hat, durchaus begründet. Zugesprochen sind nämlich dem Kläger 1. diejenige Summe, welche er dem B. als redlichen Nachbesitzer des Verklagten nach § 26 I 15 ALR. gegen Herausgabe des bei diesem noch vorhanden gewesenen Kupfers hat erstatten müssen, nebst 5 Prozent Verzugszinsen vom Tag der geleisteten Zahlung, was nach den §§ 14, 15, 17, 18, 20 I 15 und den §§ 232, 244 I 7 ALR. unbedenklich gerechtfertigt ist; 2. der vom Kläger geforderte, nach dem Gutachten den marktgängigen Preis nicht erreichende Werth derjenigen Kupfer-Quantitäten, welche nicht mehr haben herbeigeschafft werden können, nebst 5 Prozent Verzugszinsen von dem Tage ab, wo Verklagter die einzelnen Quantitäten an sich gebracht hat, auf Grund derselben gesetzlichen Vorschriften wie zu 1; und endlich 3. der Betrag der Auslieferungs- resp. Rücktransportkosten nebst 5 Prozent Verzugszinsen vom Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses an, in Gemäßheit der §§ 243, 244 a. a. O. und des § 66 I 16 ALR., worüber dem Verklagten jeder Grund zur Beschwerde fehlt.

Gründe: d. Nach § 265 I 13 ALR. ist Alles, was man an Gelde oder Geldeswerth übernommen hat, ohne ferneren Beweis für nützlich verwendet zu erachten. Damit aber gegen den redlichen Erwerber einer fremden Sache, welcher dieselbe redlicher Weise wieder veräußert hat, noch nach Ablauf eines Jahres seit dieser Veräußerung auf Herausgabe des bei dieser Veräußerung gezogenen Vortheils ein Anspruch gemacht werden könne, verlangt der § 32 I 15 den besonderen Nachweis, daß derselbe sich noch wirklich im Besitze dieses Vortheils befinde. Dies ist mehr, als der Nachweis der einmal geschehenen nützlichen Verwendung. Das verkennt der App.-Richter jedoch nicht. Er verkennt auch nicht, daß baares Geld, welches der Empfänger abgesondert aufbewahrt, dem Nachweise des individuellen Verlustes im Sinne des § 31 ebendaselbst unterliegt. Daß es im anderen Falle, wenn es mit dem übrigen Vermögen vermischt wird, in diesem Vermögen verschwindet, ist richtig, und darum wird, wenn der im § 28 gedachte gezogene Vortheil in baarem Gelde bestand, welches mit dem übrigen Vermögen des Empfängers vermischt wurde, der im § 32 erforderte besondere Nachweis allerdings dadurch geführt, daß der Empfänger im Allgemeinen das Vermögen noch besitzt, in welches das fragliche Geld verschwindend eingemischt ist. Indem der App.-Richter dies angenommen hat, hat er den § 265 I 13, §§ 87, 88 I 14, §§ 28—32, 45, 46 I 15, § 498 I 9 ALR. nicht verletzt.

Nr. 254a. §§ 1, 8—10, 11, §§ 34—41, 42 (Art. 306—308 HGB.), §§ 55, 56; I 7 §§ 165 ff., 169, 175; 10 §§ 24 ff.; 11 §§ 19, 140—142; 20 §§ 16, 76, 78. Die Vindikation der Mobilien. Der Beklagte. Die Vertheidigung des Beklagten. Die Nomination. Einreden. Die Einrede der Verjährung. exceptio rei venditae ac traditae.*)

a. Erk. v. 9. Febr. 1855; StrA. 17 S. 13.

b. Erk. v. 24. Febr. 1857; StrA. 24 S. 71.

Im Falle a. hatte der Kläger B. im eignen Namen, aber im Auftrage und mit Ermächtigung des beklagten Hospitals und der beklagten Kirche als Eigen-

*) Vgl. Windscheid 1 § 197; Dernburg, Pand. 1 §§ 225, 227, 216, 192; Dernburg, Preuß. Privatr. 1 § 164_5, § 246; Förster (Eccius) 3 § 180, E. 1 $§ 46_{28}$. —

thümer von zwei Rittergütern in Schlesien mit den Besitzern mehrerer Parzellen Verträge geschlossen, durch welche ihm diese Parzellen, auf denen sich die Fundgrube einer Steinkohlenzeche befand, nebst ihren Ansprüchen auf Mitbaurecht und Grundkuxe verkauft wurden. Als demnächst die aus dem Mitbaurecht fliessenden Kuxe und die Grundkuxe im Berggegen- und Hypothekenbuche für das Hospital und die Kirche eingetragen wurden, klagte B. auf Anerkennung seines Eigenthums an den Kuxen, Herausgabe derselben und Einwilligung in Umschreibung auf seinen Namen. Die Beklagten exzipirten, dass Kläger aus dem Auftrage zur Abtretung an sie verpflichtet, der 2. Richter verurtheilte aber, weil das persönliche Recht gegen die vindic. nicht geltend zu machen. Das ObTr. hat vernichtet und abgewiesen. — Im Falle b. klagten die M.'schen Erben 1855 gegen die K.'schen Erben auf Herausgabe eines Hofes, den diese besessen, den ihr Erblasser vor 14 Jahren gekauft und übergeben erhalten, während der Erblasser M. denselben zwar von 1810—1822 besessen, dann aber aufgegeben hatte, worauf der Verkäufer des K. ihn ergriffen hatte. Der 2. Richter wies die Klage wegen Verjährung nach § 546 I 9 ab. Das ObTr. hat bestätigt.

Gründe: a. Die Unrichtigkeit der Gründe, aus denen der App.-Richter die Stipulation v. 10. Juli 1847 im vorliegenden Prozesse nicht berücksichtigen zu können glaubt, leuchtet ohne weitere Ausführung ein. Hat sich der B. verpflichtet, die zu erwerbenden Rechte an die verklagten Institute abzutreten, so ist er offenbar nicht berechtigt, die Anerkennung seines Eigenthums an denselben im vorliegenden Prozesse von den verklagten Instituten zu verlangen, und es ist nicht einzusehen, warum seine aus jener Stipulation hervorgehende Verpflichtung nicht im Wege eines Einwandes solle geltend gemacht werden können, warum es dazu einer Widerklage oder eines Separatprozesses bedürfen solle. Der App.-Richter spricht sich hierüber nicht näher aus; es kann jedoch nicht angenommen werden, daß er aus blos

---

Daß der Beklagte besitzt, ist Voraussetzung der Klage; wird der Besitz bestritten, wird die Klage geleugnet. Wie sich die Sache gestaltet, sobald der Bekl. den Besitz vor der Klage redlich oder unredlich, oder nach der Klage aufgegeben hat, darüber vgl. Nr. 254, und über den Verlust durch Zufall vor oder nach der Klage Nr. 255. Besitzt der Beklagte, so kann er nach § 11 h. t., §§ 165, 166 I 7; §§ 34 ff. I 17 AGO., § 73 CPO. geltend machen, daß er nicht für sich besitzt, sondern Namens eines Dritten (auctoris nominatio, laudatio). Daß diese Vertheidigung wesentlich Einwand der mangelnden Passivlegitimation, wie noch ObTr. 71 S. 98 unt. Nr. 257 annimmt, und wie in den PlErk. a. Nr. 145 d., Bd. 1 S. 717 mit gutem Grunde für das interd. retin. poss. angenommen werden konnte, ist an sich nicht richtig, da der vindic. gegenüber auch der bloße Detentor der richtige Bekl. ist, die auct. nom. nie wie der Einwand der mangelnden Passivlegitimation, wenn dargethan, zur Abweisung der Klage führt, u. ist jetzt durch den § 73 CPO. ausgeschlossen. Danach handelt es sich bei der auct. nom. um eine Art prozeßhindernde Einrede, welche im Interesse des Detentors wie des juristischen Besitzers, seines Auktors, zugelassen, um die vielleicht dem auctor allein mögliche bessre Vertheidigung nicht abzuschneiden. Damit hängen die Vorschriften des § 73 CPO. über die Wirkungen der nom., des Eintritts und des Nichteintritts des Nominanten zusammen. Daß das ergehende Urtheil gegen den Nominanten vollstreckbar, falls der Nominat eingetreten, § 73 Abs. 4 letzter Satz, ist nothwendige Folge der eignen Willenserklärung des Nominanten. Dagegen ist schon bedenklich, die Vollstreckbarkeit des gegen den Nominanten ergangenen Urtheils auch gegen den Nominaten aus § 236 Abs. 3, § 665 CPO. herzuleiten, den benannten Auktor als Rechtsnachfolger anzusehn. Der § 39 I 17 AGO. verband mit der erfolglosen Nomination allerdings die noch weiter gehende Folge des Rechtsverlustes für den Nominaten, der sich nicht meldete, setzte aber Bekanntmachung mit dieser Rechtsfolge voraus; da diese Bekanntmachung nach § 73 CPO. nicht mehr erfolgt, läßt sich der Rechtsverlust des Nominaten nicht mehr behaupten. Vgl. Förster (Eccius) 3 § 180_{95}; Dernburg 1 § 246_{9}.

Besitzt der Beklagte und hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis des Eigenthumserwerbs geführt, Nr. 253, so genügt, abgesehn von den unt. Nr. 253 erwähnten Fällen, in denen ausnahmsweise der redl. Erwerb auch vom Nichteigenthümer Eigenthum oder Pfandrecht

prozessualischen Gründen die Nichtberücksichtigung des in Rede stehenden Einwandes für gerechtfertigt hält, da er besonders hervorhebt, daß die fragliche Stipulation nur ein persönliches Recht begründen würde, seine Begründung wesentlich auf rechtsgrundsätzlichen Annahmen beruhte.

Es fragt sich daher, ob die hiergegen erhobenen rechtsgrundsätzlichen Angriffe begründet sind. Dieses ist der Fall. Imploranten rügen unter Anderem eine Verletzung der §§ 175, 176 I 6 und der §§ 1—3 I 15 ALR. Auch bezeichnen sie nachstehenden Rechtsgrundsatz als verletzt: die Vindikation einer Sache oder eines Rechts ist unzulässig, wenn der Besitzer vermöge des ihm zukommenden persönlichen Rechtes die Abtretung der Sache oder des Rechts vom Vindikanten verlangen könnte, insofern letzterer sich im Besitze befände.

Um diese Beschwerde gehörig beurtheilen zu können, muß man sich auf den Standpunkt stellen, welchen der App.-Richter bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsverhältnisses eingenommen hat. Derselbe betrachtet die Kläger als Vindikanten, welche als Eigenthümer der beiden Grundkuxe und der 61 aus dem Mitbaurechte hervorgegangenen Kuxe die Einräumung des Besitzes derselben von den Verklagten als den bisherigen Besitzern verlangen. Desungeachtet glaubt er die vorerwähnte

---

auch gegen den Eigenthümer schafft, der Nachweis des redlichen titulirten Besitzes zur Abwendung der vindic. nicht, sondern hat nur die Modifikation des Vindikationsanspruchs durch den Anspruch des Besitzers auf den Ersatz dessen, was er für die Sache gegeben, Nr. 254 b., und der Verwendungen und hinsichtlich der Früchte, Nr. 255, zur Folge. Zur Beseitigung der vindic. hat der Besitzer vielmehr entweder die Aufhebung des Eigenthums des Klägers, eignen Eigenthumserwerb, oder Eigenthumserwerb seines Auktors, wenn er selbst nicht Eigenthum behauptet, oder ein solches persönliches oder dingl. Recht zur Detention oder zum Besitz zu behaupten und zu beweisen, welches auch den Kläger rechtlich bindet. Dazu tritt endlich der Einwand der Verjährung.

1. Der Beweis, daß Kläger sein Eigenthum verloren, kann mit dem Beweise eignen Erwerbs verbunden sein, ist es aber nicht nothwendig, da mit dem Beweise des Eigenthumsverlustes die Legitimation des Klägers fortfällt. Bei der Prüfung dieses Beweises kommen die Grundsätze über Verlust und Erwerb des Eigenthums in Betracht.

2. Behauptet der Bekl. eignen Eigenthumserwerb, so behauptet er entweder Erwerb von demselben Auktor, von welchem der Kläger erworben, und dann kommen die §§ 22, 23, 25 I 10 in Betracht, namentlich auch §§ 74, 76 I 7. Vgl. Nr. 138, Bd. 1 S. 649. Oder er behauptet Erwerb von einem andren Auktor und dann enthält die Behauptung zugleich den Gegenbeweis gegen das Eigenthum des Klägers bez. seines Auktors bez. des Eigenthumsverlustes. Dabei kommt § 21 I 10 in Betracht.

3. Um die eigentliche exc. rei vend. ac traditae in dem bekannten römisch- u. gemeinrechtlichen Sinne handelt es sich, wenn der Beklagte Erwerb vom Kläger selbst oder seinem Singularsuccessor oder von einem Auktor behauptet, dessen Universal- oder Singularsuccessor der Kläger ist. Behauptet er Erwerb vom Kläger selbst, so gilt für das Preuß. wie für das röm. u. gem. R. der Grundsatz, daß der vindic. (wie der publ.) die exceptio aus einer auch nur zur Eigenthumsübertragung verpflichtenden Obligation entgegensteht, wenn der Besitz des Bekl. fehlerlos ist, l. 1 § 5 D. 21, 3; l. 49 D. 17, 1. Einen solchen Fall behandelt Erk. a., und ebendahin gehört wie im Röm. R. der Fall, wo der Kläger, der verkauft oder verpfändet hat, was ihm nicht gehört, Erbe oder Singularsuccessor des Eigenthümers geworden ist, § 19 I 11, §§ 16, 78 I 20 Nr. 76, 77, Bd. 1 S. 295, 298 u. unt. Nr. 195, Bd. 2 S. 63, 69 u. unt. Nr. 196, Bd. 2 S. 76. Der Bekl. exzipirt mit Erfolg auch Erwerb vom Singularsuccessor des Klägers, die exc. r. v. a. trad. seines Auktors, die wie im röm. u. gem. R. eine auch auf den Singularsuccessor aktiv übergehende Realexzeption ist, steht ihm zu. Daß die exc. aktiv auf den Universalsuccessor übergeht, ist auch nach Preuß. R. unzweifelhaft. Vgl. StrA. 97 S. 124 unt. Nr. 192, Bd. 2 S. 18, 19; ObTr. 39 S. 47; 34 S. 61.

Dagegen geht die exc. r. v. ac trad. nach Preuß. R. passiv nicht unterschiedslos auf Universal- und Singularsuccessor über. Um diese Frage handelt es sich, wenn der Bekl. Erwerb vom Vorgänger des Klägers behauptet. War derselbe Nichteigenthümer, der Kläger Eigenthümer, so vindizirt der Kläger seine Sache nach §§ 8—10 h. t., §§ 140 ff. I 11, §§ 76, 78 I 20 nur dann nicht, wenn er Erbe ohne Vorbehalt geworden. Dem Benefizialerben kann der Bekl. nicht entgegensetzen, daß er Erbe des Veräußerers oder Verpfänders

Erklärung des B. selbst dann nicht berücksichtigen zu können, wenn vermöge derselben der B. verpflichtet ist, die streitigen Rechte an die verklagten Institute zu cediren. Dieses verstößt gegen die Grundsätze von der Vindikation.

Nach den §§ 1—3 I 15 ALR. kann der Eigenthümer eines Rechtes sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen. Als Anmaßer kann aber der nicht angesehen werden, welcher von demjenigen, der als Vindikant des Rechts auftritt, die Abtretung eben dieses Rechtes zu verlangen berechtigt ist. Schon nach Gemeinem Rechte stand dem Vindikanten die exceptio doli entgegen, wenn derselbe ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Geschäft mit dem Verklagten geschlossen, demselben aber nicht die Sache tradirt, der Besitz jedoch auf andere Weise sine vitio an den Verklagten gekommen war (v. Vangerow, Pand. I Seite 584). Dasselbe muß auch bei uns in diesem Falle, wie in allen damit übereinstimmenden Fällen gelten, indem alsdann der Kläger mit Grund nicht behaupten kann, daß die Sache seinem Gewahrsam wider seinen Willen entnommen sei oder ihm vorenthalten worden, eine solche Behauptung vielmehr der von ihm übernommenen Verpflichtung geradezu widersprechen würde.

---

geworden. Vgl. Erk. b. Nr. 170, Bd. 1 S. 914. Noch weniger steht dem Kläger die exc. r. v. ac tr. blos umdeswillen entgegen, weil er Singularsuccessor des Veräußerers oder Verpfänders, wenn er nicht zugleich aus andren Gründen rechtlich an dessen Verfügung gebunden, sie anerkennen muß. Vgl. §§ 23, 25 I 10; Erk. a. Nr. 193a., Bd. 2 S. 33, 35.

4. Auch nach Preuß. R. ist es unbedenklich, — vgl. l. 9 D. 6, 1 — daß der Bekl., der den Besitz vom Kläger selbst auf Grund einer nicht auf Eigenthumsübertragung gerichteten Obligation erhalten, der vindic. aus diesem Vertragsverhältniß Einreden entgegensetzen kann, die inhaltlich ein Recht auf Behalten oder die Befreiung der Verpflichtung von der Rückgabe bedeuten können. Darauf, daß solch Vertragsverhältniß allein die vindic. nicht unmöglich macht, ist schon unt. Nr. 253 hingewiesen. So konnte in StrA. 82 S. 296 der mit der vind. auf Herausgabe eines Pferdes belangte Bekl. einwenden, daß er es vom Kläger zur Weide und demnächstigem Verkauf erhalten und verkauft, während die vind. durchgreift, wenn das vertragsmäßig konstituirte Recht zur Detention oder zum Besitz beendet ist, wie z. B. beim precarium durch die bloße Rückforderung. Inwiefern solche und andre Rechte auf Zurückbehaltung gegen und für den Universal- und Singularsuccessor wirken, ergiebt sich theils aus dem unt. 3. Gesagten, theils richtet es sich nach der speziellen Natur des geltend gemachten Rechts und seiner Wirkung.

5. Daß der Einwand der Verjährung gegen die vind. ebenso zulässig, wie gegen andre Klagen, ist nicht mehr streitig, Erk. b. Davon geht auch die in dem Erk. a. Nr. 173, Bd. 1 S. 940, 941 mitgetheilte Aeußerung von Suarez aus, die Bedenken nur insofern erweckt, als sie anzunehmen scheint, daß die Verjährung mit dem Besitzverlust beginnt, auch wenn kein Andrer die Sache in Besitz genommen. Das bedeutete den Eigenthumsverlust durch Besitzverlust und daß nach Ablauf der Verjährungszeit die Sache res nullius geworden und Eigenthum des Finders durch occup. wird. Dafür fehlt aber jeder gesetzliche Anhalt. Die Praxis ist denn auch jetzt darüber einig, daß Eigenthum durch bloße Nichtausübung nicht verloren geht, Erk. a. Nr. 173, daß Besitzverlust hinzukommen muß, daß es auch ohne Ersitzung durch Dritte nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn seit dem Besitzverlust und der Besitznahme durch einen Dritten die Verjährungszeit abgelaufen. Letztres und daß ein noch in StrA. 1 S. 281, 289 angenommener Rechtsgrundsatz dahin, daß die Eigenthumsklage nur durch Ersitzung seitens eines Andren nicht verloren gehe, nicht besteht, spricht das ObTr. namentlich bei der Behandlung des Einwands der Verj. gegen die Erbschaftsklage aus. Vgl. ObTr. 22 S. 32 (StrA. 4 S. 230); StrA. 34 S. 197; 15 S. 248; ObTr. 54 S. 49 (StrA. 59 S. 214) bei Nr. 258. Vgl. auch RG. 11 S. 234 (gem. R. Die rei vindic. verjährt erst mit dem Moment, wo der Restitutionsanspruch begründet ist).

Im Uebrigen finden auf die Verj. der vindic. die allgem. Grundsätze von den Hindernissen und der Unterbrechung der Verj. Anwendung, Nr. 174 ff., Bd. 1 S. 945 ff. Die Frage ist namentlich bei der hered. pet. insofern Gegenstand der Erörterung geworden, als es sich um die Wirkung der Abwesenheit u. der Präklusion des Erben handelte. Vgl. darüber unt. Nr. 258, und über einen Fall von actio non nata bei der Revokationsklage des succedirenden Fideikommißanwärters ObTr. 74 S. 222 (StrA. 93 S. 239) zu II 4 §§ 79, 122.

Gegen diese Grundsätze hat der App.-Richter verstoßen, und sein Erkenntniß unterliegt daher der Vernichtung. Auch trifft diese Vernichtung nicht nur den Anspruch des B., sondern auch den der Mitklägerin V., weil diese nur ein von dem B. abgeleitetes Recht hat, und gegen die verklagten Institute nicht mehr Rechte geltend machen kann, als der B. selbst.

Gründe: b. Wie bereits in dem Erk. ObTr. 22 S. 32 (Str A. 4 S. 230) ausgeführt worden, sind auch Vindikationsklagen der Extinktiv-Verjährung unterworfen. Von der in den §§ 500, 501 I 9 ALR. aufgestellten Regel enthält der § 504 eine Ausnahme, indem er anordnet:

> Rechte des Eigenthums erlöschen nicht durch die Unterlassung des Gebrauchs, so lange die Sache oder das Recht, welche den Gegenstand des Eigenthums ausmachen, in dem Besitze des Eigenthümers sich befindet.

Ex argumento e contrario folgt aus diesem § 504, daß von dem Augenblicke, wo der Besitz des Eigenthümers aufhört, die Regel wieder eintritt. Im vorliegenden Falle hat der App.-Richter aber unangefochten festgestellt, daß der Besitz von den Erblassern der Kläger bereits im Jahre 1822 aufgegeben gewesen sei. Ist ferner hiernach der Aufgabe des Besitzes und der in einem bestimmten Zeitraume unterlassenen Rückforderung des Besitzes resp. des Eigenthums eine bestimmte Wirkung beigelegt, so kann dies Rückforderungsrecht nicht zu den rebus merae facultatis gehören, von welchen die §§ 505, 506 a. a. O. sprechen. Im § 508 ist aber nicht eine Ausnahme, sondern eine Anwendung von der in den §§ 500, 501 enthaltenen Regel zu finden. Ebensowenig hat der App.-Richter die §§ 545, 546 dadurch, daß er die dreißigjährige Verjährungsperiode von der Zeit der klägerischen Besitzaufgabe rechnet, verletzt. Denn daß der Tag der Aufgabe des Besitzes entscheidend sei, ist bereits aus der Bestimmung des § 504 dargethan, weil dann das Rückforderungsrecht eintritt. Die demselben gegenüberstehende Verbindlichkeit liegt aber dem Besitzer der Sache als solchem, nicht für seine Person, ob, und deshalb ist es gleichgültig, daß der Erblasser der Verklagten erst 1838 in den Besitz der streitigen Stelle gelangt ist.

Nr. 254b. §§ 1, 11, 17—23; Anh. §§ 49, 50, §§ 24—27, 33—41, 44; I 20 §§ 80—82, 119; V. v. 13. Febr. 1843; V. v. 5. Mai 1809. Die Vindikation der Mobilien. Der Beklagte. Der redliche und der unredliche Besitzer. Litigiosität. Die Einlösung.*)

a. Erk. v. 3. März 1864; StrA. 53 S. 197.

b. Präj. 2619 v. 4. April 1855; ObTr. 30 S. 204.

c. Erk. v. 21. Dez. 1874; ObTr. 74 S. 44.

Im Falle a. war der Beklagte in einem Vorprozess rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger eine Schafhude- und Pferchgerechtigkeit zurückzugewähren, welche Bekl. redlich für 400 Thlr. gekauft hatte. Als der Bekl. in einem neuen Prozess die Erstattung dieses Preises forderte, drang er in 2. u. 3. Instanz durch. — Im Falle b. hatten Kläger 1844 gegen B. als zum Nachlass ihres Erblassers gehörig ein Grundstück vindizirt und erstritten, welches B. nach Insinuation der Klage an den jetzigen Beklagten verkaufte. Von demselben verlangten Kläger unentgeltliche Herausgabe des Grundstücks als litigiöser Sache, auf welche der 2. Richter erkannte, ohne auf die Erörterung der streitigen Thatsache einzugehn, ob Bekl. von Litigiosität Kenntniss gehabt. Das ObTr. hat

---

*) Vgl. Dernburg 1 § 248 unt. 2; Förster (Eccius) 3 § 180_{76}. — Abweichend vom Röm. R., welches die unentgeltliche Herausgabe jedem Besitzer ohne Rücksicht auf bona

vernichtet. — Im Falle c. hatte A. von B. redlich zwei Pferde nebst Wagen und Zubehör (Siele u. Peitsche) gekauft und übergeben erhalten, die B. vorher bereits an C. als Inventar eines demselben verkauften Guts verkauft und übergeben hatte. C. klagte gegen A. als unredlichen Besitzer auf Herausgabe ev. Zahlung des Werths von 250 Thlr., ev. gegen Erstattung des vom Bekl. gezahlten Kaufpreises. Der Bekl. wies nach, dass er redlich für 200 Thlr. erworben und dass eins der Pferde vor der Klage gefallen, verlangte deshalb Verurtheilung nur gegen Erstattung von 200 Thlr. Der 2. Richter stellte fest, dass das gefallene Pferd 100 Thlr. werth gewesen, und verurtheilte darauf zur Herausgabe der übrigen Gegenstände gegen Erstattung von 100 Thlr. Die vom Bekl. eingelegte Beschwerde, weil nicht auf Erstattung von 200 Thlr. erkannt, ist verworfen.

Gründe: a. Wenn das ALR. I 15 §§ 25, 26 dem Inhaber einer vindizirten Sache, im Fall er sie durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, den Anspruch auf Erstattung des dafür Gegebenen oder Geleisteten gewährt, so erscheint dieser Anspruch nicht als ein Einwand gegen die Vindikationsklage, welche dadurch nicht zerstört wird, sondern als eine Gegenforderung, welche zwar erst durch die Vindikation erzeugt und wirksam wird, dann aber selbstständig verfolgt werden kann.

Als eine bloße Modifikation der Vindikationsklage ist aber die Verpflichtung des Klägers zur Erstattung des Kaufpreises nicht anzusehen, weil dieser nur nachzuweisen hat, daß er Eigenthümer der vindizirten Sache gewesen ist, und deren unentgeltliche Herausgabe verlangen darf, sofern der Verklagte nicht nachweist, daß er sie durch einen lästigen Vertrag redlicher Weise an sich gebracht hat, zur Begründung der Klage also auch das Erbieten des Klägers nicht gehört, dem Verklagten eventualiter den Kaufpreis zu erstatten.

Als Gegenforderung wird der gedachte Anspruch des Verklagten nicht von dem § 383 I 16 ALR. betroffen. Diese Vorschrift bezieht sich vielmehr, wie in den Gründen zu dem Präj. 2365 ObTr. Bd. 22 S. 332 ff. nachgewiesen worden, nur auf solche Einwendungen, welche die Einlassung auf den Prozeß betreffen und aus dem zur Klage gebrachten Sach- und Rechtsverhältniß entspringen oder damit zusammenhängen, wogegen die Rechte aus anderen Umständen, welche ein Fundament selbstständiger Rechtsverfolgung für den Verklagten abgeben konnten, unbeschadet der Vollstreckung des vom Kläger erstrittenen Judikats, dem Verklagten erhalten bleiben, wenn er sie auch im Prozesse als Einwand nicht vorgebracht hat.

---

oder mala fides auferlegte und die bona fides nur für die Früchte und Meliorationen wirken ließ, bestimmen die §§ 25, 26 h. t. (I 20 §§ 80—82, 119), daß der Besitzer, der redlich und entgeltlich von einer unverdächtigen Person erworben, d. h. jeder redliche Erwerber vom unberechtigten Nichteigenthümer, auch bei mala fides superveniens u. fingirter mala fides, § 222 I 7, die Sache nur gegen Erstattung dessen herauszugeben hat, was er dafür gegeben oder geleistet hat (nichts weiter, § 156 I 11, Erk. a. Nr. 252), ohne Unterschied ob die Sache dem Eigenthümer gestohlen oder auf andre Weise abhanden gekommen, und ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Nur der unredl. und der unentgeltliche Erwerber giebt unentgeltlich heraus. Der Anspr. auf Erstattung der Leistung, die der Besitzer gethan, verneint die Vindikation nicht und beseitigt sie auch nicht, hat daher weder die Natur der negativen Litiskontestation, noch der Einrede, sondern die eines konnexen Gegenanspruchs, der vom Beklagten erhoben werden muß, wenn aber erhoben, auf die Klage modifizirend einwirkt. Prozessual folgt daraus, daß die Klage ihn nicht zu berücksichtigen braucht, die Klage nicht mangelhaft ist, wenn sie ihn nicht erwähnt, nicht abgewiesen werden kann, weil sie ihn unberücksichtigt läßt, nur modifizirt wird, wenn er erhoben wird, indem Befriedigung des Eigenthümers vor der Einlösung nicht gefordert werden kann. Als Retentionsrecht im Sinne §§ 536, 537 I 20 kann dies Recht auf Einlösung gegen Restitution nicht bezeichnet werden, §§ 546, 547 ff. I 20. Es wirkt deshalb auch im Konkurse, ist bei Restitution im Konkurse als Masseanspruch, § 52 KonkO., geltend zu machen, bei Restitution vorher allerdings nicht. Es folgt daraus zugleich nothwendig, was Erk. a. darlegt, daß der Anspruch sowohl als Vertheidigung gegen die Klage durch Einrede oder Widerklage, als auch selbstständig durch Klage geltend gemacht werden kann, daß die

Wenn nun auch nach den §§ 1 ff. I 19 AGO. Gegenforderungen im Wege der Exception geltend gemacht werden können und keiner besonderen Widerklage bedürfen, so sind sie deshalb noch nicht als Einreden im Sinne des § 383 I 16 zu erachten, und sie gehen nicht verloren, wenn sie der Verklagte im Vorprozesse nicht vorgebracht hat.

Es handelt sich hierbei nur um konnexe Gegenansprüche, welche der Kompensation Raum geben und in materieller Beziehung die Natur der Einreden haben, oder um Gegenansprüche, welche zwar in ihrem Ursprunge nicht konnex sind, aber auch die Wirkung hervorbringen, daß dadurch der gegnerische Anspruch getilgt wird.

Den App.-Richter trifft hiernach nicht der Vorwurf, die bezogenen Gesetze verletzt zu haben, und er hat auch gegen die Grundsätze von der res judicata nicht gefehlt.

Wenn auch der Verklagte unbedingt verurtheilt worden ist, an den Kläger die fragliche Schafhudegerechtsame zurückzugeben, so ist darin die Verurtheilung der unentgeltlichen Herausgabe nicht ausgesprochen, noch, wie gezeigt, der Anspruch des Verklagten, jetzigen Widerklägers, auf Erstattung des Kaufgeldes verloren gegangen.

Wenn endlich Implorant die §§ 25, 26 I 15 ALR. auch deshalb für verletzt erachtet, weil sie sich nur auf körperliche Sachen bezögen, so ist auch dieser Angriff verfehlt. Nach § 1 I 8 und § 3 I 15 ALR. kann auch an Rechten Eigenthum erworben und es kann dieses vindizirt werden. Wenn aber der § 3 a. a. O. sagt: „Auch der Eigenthümer eines Rechts kann dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen;" so ist darin nur ein formeller, nicht materieller Unterschied zu finden, welcher in der Natur des Eigenthums an Sachen und Rechten liegt, sowie denn auch § 4 a. a. O. sagt: „In wie fern der Besitzer eines Rechts diesen seinen Besitz gegen einen Andern, der sich eben dasselbe Recht anmaßt, verfolgen könne, ist nach gleichen Regeln, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen, zu beurtheilen." Es ist auch sonst in der Lehre von der Vindikation zwischen Sachen und Rechten nicht unterschieden. Zwar sprechen die §§ 25 und 26 a. a. O. nur von Sachen; wenn aber nach § 3 I 2 ALR. Sache im engern Sinne, das heißt, was entweder von Natur, oder durch die Uebereinkunft der Menschen, eine Selbstständigkeit hat, vermöge deren es Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann, so muß auch die Schafhude- und Pferchgerechtigkeit, zu deren Zurückgabe der Implorat

---

Entscheidung auf die Klage nicht res jud. für den Anspruch macht, wenn nicht wirklich über ihn entschieden ist. Wie Erk. a. auch StrA. 7 S. 188, 199 nebenbei in den Gründen und ObTr. 47 S. 355. In diesem Fall war A. auf Klage des B. rechtskr. verurtheilt, dem B. als Eigenthümer ein Viehtriebgrundstück herauszugeben. Er hatte geltend gemacht, daß er dasselbe redlich gekauft, den Erwerbspreis aber nicht angegeben, weshalb der Einwand unberücksichtigt geblieben war. Als A. in einem neuen Prozeß den Anspr. auf Erstattung des Kaufpreises erhob, wies der 2. Richter wegen res jud. ab. Das ObTr. vernichtete, weil res jud. offenbar nicht vorlag; die Klage wird ohne weitre Motivirung zugelassen.

Aus der Natur des Anspruchs als selbstständiger Anspruch folgt, daß der Bekl. seine Voraussetzungen beweisen muß. Voraussetzung aber ist a. redlicher entgeltlicher Erwerb, b. daß Beklagter besitzt oder besessen hat, restituirt oder restituirt hat. Zum Zweck des Beweises zu a. hat der Bekl. seinen Erwerb darzulegen, den Erwerbspreis nachzuweisen, Erwerb durch Kauf, Tausch, ObTr. 36 S. 95 (StrA. 24 S. 248), StrA. 30 S. 135, datio in sol., §§ 242, 245 I 16, § 154 I 11; StrA. 81 S. 268, u. nach §§ 80—82, § 119 I 20 durch Pfandannahme. (Auf den Pfandtitel ex lege bezieht sich das nicht. Vgl. zu I 21 §§ 395 ff.) Aus der Nothwendigkeit dieser Darlegung folgt, daß die Vermuthung für die Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzes, § 179 I 7, dem Besitzer allein hier nichts nützt, §§ 33, 34, 36, 37, 44 h. t. Aus der Darlegung des Erwerbes wird dann die Entscheidung über die Redlichkeit zu entnehmen sein, dem vindizirenden Kläger seinerseits der Beweis von Umständen obliegen, aus denen die Unredlichkeit des Bekl. trotz seines Titels folgt. In Betracht kommen dabei die Vorschriften in §§ 11 ff. I 7 und §§ 17 ff., 44 h. t., namentlich die §§ 18, 19, Anh. § 49 und die V. v. 13. Febr. 1843 u. 5. Mai 1809 für die darin bezeichneten Objekte. (Pferde, Schiffsladungen.) Auch für

verurtheilt worden, zu den Sachen gerechnet werden, da sie hiernach, sowie durch die frühere langjährige Verpachtung und spätere Veräußerung, als eine selbstständige Berechtigung erachtet und behandelt worden ist.

Gründe: b. Es steht thatsächlich fest, daß die Verklagten die in ihrem Besitze befindlichen Parzellen von dem B. gekauft haben und daß die diesfallsigen Verträge nach Insinuation der in dem Vorprozesse gegen den B. angestellten Klage abgeschlossen sind. Hiernach kommt der § 9 I 24 AGO. zur Anwendung; die Verklagten müssen sich also demjenigen unterwerfen, was in dem Vorprozesse gegen B. entschieden ist, wiewohl sie bei diesem Prozesse nicht zugezogen sind. Der App.-Richter will hieraus gefolgert wissen, daß die Verklagten die gegen ihren Autor in dem Vorprozesse ergangene Entscheidung unbedingt gegen sich anerkennen müssen, und da in dem Vorprozesse entschieden ist, daß B. das Grundstück zum Nachlasse herausgeben müsse, so sind die Verklagten verurtheilt, die in ihrem Besitze befindlichen Parzellen jenes Grundstücks unentgeltlich herauszugeben. Die Frage, ob die Verklagten redlicher oder unredlicher Weise zum Besitz gelangt sind, insbesondere, ob sie von dem gegen ihren Autor anhängig gewesenen Prozesse Wissenschaft gehabt, erachtet der App.-Richter für gleichgültig.

Müßte der § 9 I 24 AGO. in dieser Weise aufgefaßt und verstanden werden, so würde nicht fortzuleugnen sein, daß dies mit den im ALR. aufgestellten Grundsätzen in unvereinbarem Widerspruch stehen würde. Nach § 25 I 15 muß zwar auch derjenige, der die dem rechtmäßigem Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache redlicher Weise durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, dieselbe herausgeben, er kann jedoch Erstattung alles dessen fordern, was er dafür gegeben oder geleistet hat, und hat überhaupt die Rechte eines redlichen Besitzers. Die Frage, auf welche es ankommt, ist sonach, ob von diesem Grundsatze dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die Sache, um deren Herausgabe es sich handelt, eine res litigiosa war und sich nach Abschluß des Vertrages ergiebt, daß der Besitz von Jemand abgeleitet worden, der nicht rechtmäßiger Eigenthümer oder Besitzer gewesen ist. Nach dem ALR. muß diese Frage verneint werden. Weder in dem Tit. 15, noch in dem I 10 ist in dieser Beziehung eine Ausnahme gemacht; im Gegentheil ist im § 383 I 11 ausgesprochen, daß auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen erlaubt sei.*) Ist aber die Veräußerung

*) CPO. § 236.

das Einlösungsrecht steht der unrechtfertige dem unredlichen Besitzer gleich, § 91 I 20, § 14 I 7; StrA. 61 S. 166; ObTr. 80 S. 81, 86; StrA. 47 S. 278, Erk. c. Nr. 254 und daselbst ObTr. 67 S. 84. Einen speziellen Fall unrechtfertigen Besitzes bilden die §§ 18, 19; Anh. § 49; V. v. 13. Febr. 1843. Vgl. unt. Nr. 253. Besondre Bestimmungen für den Ankauf von Pferden giebt Anh. § 49 (entnommen aus dem Reskr. v. 27. Nov. 1797, Edikten-S. Bd. 10 S. 1473) und für die sechs östlichen Provinzen die V. v. 13. Febr. 1843, mit denen sich die Praxis des ObTr. mehrfach beschäftigt hat. Die V. von 1843 geht für ihren Geltungsbereich weiter als der Anh. § 49; sie fordert absolut das in § 5 vorgeschriebene Legitimationsattest bei Erwerb von einer unbekannten Person, auch bei Erwerb auf öffentlichen Märkten; der § 44 h. t. findet auf Pferdekäufe im Geltungsbereich der V. ganz unbedenklich nicht Anwendung. So StrA. 70 S. 125, wo A. gegen B. ein Pferd vindizirte, das B. besaß und auf dem Pferdemarkt von einem unlegitimirten Unbekannten gekauft hatte. Beide Instanzen wiesen den Anspruch auf unentgeltliche Herausgabe ab, weil B. als Käufer auf einem Markte nach § 44 h. t. nicht unredl. Besitzer. Das ObTr. vernichtete, weil § 44 h. t. für Pferdekäufe unanwendbar.

Anh. § 49 dagegen behandelt den Pferdekauf auf öffentl. Markt wie § 44 h. t. Auf öffentl. Markt kauft nicht, wer bei Gelegenheit eines Markts im Stalle oder Hofraume eines Wirthshauses von Unbekanntem erwirbt, auch wenn der Handel außerhalb der dem Markt dienenden Plätze und Straßen ortsüblich sein sollte. So StrA. 30 S. 135. (Tausch von Unbekannten auf dem Hof eines Gasthauses.) Bei Erwerb außerhalb der öffentl. Märkte soll der Verkäufer als Roßtäuscher oder angesessener Mann bekannt oder legitimirt sein, sonst gilt er als verdächtig, der Erwerber als unvorsichtig und unredlich. Das

einer streitigen Sache erlaubt, so kann darin, daß die veräußerte Sache rechtshängig war, für sich allein kein Grund gefunden werden, lediglich deshalb den Erwerber für einen unredlichen zu erachten; es muß vielmehr, so wie in allen übrigen Fällen, so auch in diesem auf diejenige Momente gerücksichtigt werden, welche bei der Frage, ob der Besitz redlich oder unredlich sei, von Bedeutung sind. Insofern daher hiervon eine Ausnahme als gesetzlich bestehend behauptet wird, so könnte der Grund hiervon nur in der Vorschrift des § 9 I 24 AGO. gefunden werden.

Die Fassung des § 9 ist allerdings durchaus allgemein gehalten. Wenn in demselben ausgesprochen ist, daß derjenige, welcher einen in Streit befangenen Gegenstand erst nach der Zeit, da dem bisherigen Inhaber die gerichtliche Vorladung zugestellt worden, durch Kauf u. s. w. erhalten hat, sich demjenigen unterwerfen müsse, was darüber in dem rechtshängigen Prozesse entschieden wird, so steht es mindestens mit dieser Wortfassung nicht im Widerspruch, wenn daraus gefolgert wird, daß der dritte Erwerber die gegen seinen Autor ergangene Entscheidung unbedingt gegen sich gelten lassen, daß er mithin auch die in seinen Besitz übergegangene Sache unentgeltlich herausgeben müsse, wenn sein Autor zur unentgeltlichen Herausgabe verurtheilt worden ist. Eine nähere Erwägung führt indessen zu der Ueberzeugung, daß das Gesetz in dieser Weise nicht zu verstehen ist.

Das Corpus juris Fridericianum beschränkte sich im § 5 I 24 auf folgende Bestimmung: Ein Exekutions-Gesuch findet nur gegen denjenigen statt, welcher in dem ergangenen Urtel kondemnirt worden. Gegen einen Dritten hat dergleichen Urtel der Regel nach keine Wirkung. Die wenigen ausgenommenen Fällen sind in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt.

In dem vierten Theil des corpus juris Fridericianum, welcher von den Gesetzen handelt, welche auf die Prozeß-Ordnung unmittelbar Beziehung haben, ist aber Tit. 10 § 6 ergänzend folgendes bestimmt: Wenn Jemand eine in Streit befangene Sache (res litigiosa) erst nach der Zeit, da ihrem Inhaber wegen der daran gemachten Ansprüche die gerichtliche Vorladung insinuirt worden, durch Kauf, Tausch, Schenkung oder auf andere Weise erhalten hat, so muß er sich demjenigen unterwerfen, was in dem bereits rechtshängigen Prozesse in Ansehung der acquirirten Sache entschieden wird, ohne daß es darauf ankommt, ob er zu dem Prozesse zugezogen worden. Es bleibt ihm jedoch, wenn er dadurch Schaden leidet, nicht allein nicht allein der Regreß gegen denjenigen offen, von welchem er die evinzirte Sache acquirirt hat, sondern er kann auch in dem Falle, wenn er von dieser Qualität

---

Präj. 1340 v. 23. Sept. 1843 wendet den Anh. § 49 deshalb nicht an, wenn in der eignen Wohnung des Verkäufers, mag derselbe auch nicht der Eigenthümer der Wirthschaft sein, gekauft und ObTr. 35 S. 95 (StrA. 24 S. 248) schließt auch die Berücksichtigung andrer konkreter Umstände nicht aus. In diesem Falle hatte A. jun., der im Geschäfte seines Vaters, eines Fuhrwerksbesitzers, fuhr, auf einer solchen Reise von dem Gespann des Vaters ein Pferd an B. ausgetauscht, das A. sen. von B. vindizirte. Der 2. Richter verurtheilte zur unentgeltlichen Herausgabe aus §§ 17, 19; Anh. § 49. Das ObTr. vernichtete, indem es berücksichtigte, daß nach den festgestellten Thatsachen A. jun. dem B. bekannt und bei ihm und allgemein als der selbstständige Inhaber des Fuhrgeschäfts und Eigenthümer des Fuhrwerks galt, insofern als angesessener Mann im Sinne des Anh. § 49 zu behandeln, von einem Versehn des B. beim Erwerbe nach den konkreten Umständen auch nicht die Rede.

Im Uebrigen bestimmt sich die Frage, wer redl., unredl. Besitzer, nach den allgem. Grundsätzen in §§ 11 ff. I 7. Vgl. Nr. 183, Bd. 1 S. 1046 u. ObTr. 27 S. 210 Nr. 184, Bd. 1 S. 1063 u. unt. Nr. 253, 254. Ueber die im Erk. b. behandelte und verneinte Frage, ob die bloße Litigiosität der Sache die Berücksichtigung der bona fides ausschließt, vgl. auch unt. Nr. 181, Bd. 1 S. 1029, 1035, 1036 u. CPO. §§ 236, 238; StrA. 78 S. 158 unt. Nr. 154a.; ObTr. 35 S. 40 unt. Nr. 256. Aus gleichen Gründen beseitigt der Umstand allein, daß die Ersitzung der vindizirten Sache durch den beklagten Besitzer gesetzlich ausgeschlossen, das Einlösungsrecht nicht, ObTr. 25 S. 40 (StrA. 7 S. 188), wo die klagende Kirchengemeinde vom Beklagten ein Grundstück vindizirte, welches früher Theil eines Kirchhofs gewesen, vom Vorbesitzer des Bekl. in Besitz genommen, abgetrennt und durch gerichtlichen Vertrag an den redlichen Bekl. verkauft war. Die vindic. drang durch, obwohl der Bekl. ersessen haben würde, wenn die Ersitzung nicht ausgeschlossen gewesen wäre, aber nur gegen Erstattung des Kauf-

der Sache keine Wissenschaft gehabt hat und deren Herausgabe von ihm verlangt wird, die gebührende Entschädigung fordern. Späterhin ist bekanntlich das corpus juris Fridericianum der Revision unterworfen; bei dieser ist dessen vierter Theil mit den beiden ersten Theilen verschmolzen und das Ganze durch das Patent v. 6. Juli 1793 als „allgemeine Gerichtsordnung“ publizirt. In diese ist der erste Absatz des § 6 I 10 des corpus juris Fridericianum fast wörtlich in den § 9 I 24 aufgenommen; es ist nur noch auf die §§ 383, 384 I 11 ALR. verwiesen. Dagegen ist der zweite Absatz jenes Paragraphen in die AGO. nicht übernommen worden. Soviel ist hiernach gewiß, daß eine solche unbedingte Geltung des Judikats, dem dritten Erwerber gegenüber, wie solche von dem App.-Richter behauptet wird, bis zur Publikation der AGO. gesetzlich nicht bestanden hat; der dritte Erwerber vielmehr, wenn er keine Wissenschaft davon hatte, daß die erworbene Sache eine rechtshängige war, auf gebührende Entschädigung Anspruch hatte. Die Frage kann daher nur sein, ob nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung das Gegentheil deshalb zu behaupten ist, weil jene Bestimmung des corpus juris Fridericianum nicht in die AGO. aufgenommen ist, ob also in dieser Beziehung eine Abänderung der Gesetzgebung als beabsichtigt angenommen werden kann. Diese Frage muß aber verneint werden. Abgesehen davon, daß wenn eine Abänderung der bis dahin bestandenen Gesetzgebung beabsichtigt worden wäre, es sehr nahe gelegen haben würde, dies ausdrücklich auszusprechen, so findet der Umstand, daß jene Bestimmung über das rechtliche Verhältniß des dritten Erwerbers in die AGO. nicht aufgenommen worden ist, seine Erklärung einfach darin, daß diese Bestimmung dem materiellen Rechte angehört und mit dem Prozeßverfahren nichts gemein hat, die Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der dritte Erwerber auf Entschädigung Anspruch habe, also in dem ALR. zu suchen ist. Daß die Sache nur in dieser Weise aufzufassen ist, ergiebt sich auch daraus, daß zu Ende des § 9 I 24 AGO. ganz ausdrücklich auf die §§ 383, 384 I 11 ALR. verwiesen ist, also auf diejenigen Vorschriften, durch welche die Abtretung schon rechtshängiger Sachen für erlaubt erklärt ist. Im Widerspruch hiermit kann daher den Verfassern der AGO. nicht die Meinung untergelegt werden, daß der dritte Erwerber lediglich deshalb, weil die von ihm erworbene Sache rechtshängig war, auf die Rechte des redlichen Besitzers keinen Anspruch haben solle. Hierfür spricht aber auch der § 83 I 29 AGO. Nach dieser Vorschrift kann, wenn eine mit Arrest belegte Sache veräußert oder verpfändet worden, dieselbe von demjenigen, welcher sie an sich gebracht hat, unentgeltlich zurück-

---

preises, den der Bekl. gezahlt hatte. Noch weniger hindert Erwerb von dem berechtigten Eigenthümer der Umstand, daß der Erwerber von einer bevorstehenden, aber zur Zeit des Erwerbes noch nicht eingetretenen Dispositionsbeschränkung Kenntniß hat, StrA. 87 S. 149 (Arrest auf Forderung). Gleichgültig ist dagegen, ob der Erwerber, der weiß, daß er die Sache vom Nichteigenthümer erworben, weiß, daß gerade der Kläger der Eigenthümer, der Bestohlene, annimmt, daß sie einem Andren gestohlen. Simon u. v. Str. R. 3 S. 243. Solchen Unterschied macht § 17 h. t. nicht.

b. Der Bekl. kann Einlösung nur fordern, wenn er rechtlich und thatsächlich in der Lage zu restituiren, restituirt oder restituirt hat, §§ 25, 26. Darauf beruht Erk. c. über den Fortfall des Einlösungsrechts durch zufälligen Untergang der Sache und auch StrA. 90 S. 154. In diesem Falle hatte die klagende Fideikommißherrschaft auf den Grundstücken des A. das Erzförderungsrecht, das A. aus Unkenntniß dem B. für einen bestimmten Preis eingeräumt, B. längre Zeit ausgeübt hatte, bis die Herrschaft auf Anerkennung ihres ausschließlichen Rechts, Unterlassen der Förderung klagte und Judikat erstritt. B. klagte demnächst gegen sie auf Erstattung des an A. gezahlten Preises. Das ObTr. wies gegen beide Instanzen ab, weil die §§ 25, 26 h. t. eine dem Eigenthümer abhanden gekommene, im Besitz des Bekl. befindliche, restituirte Sache voraussetzen, während konkret A. nicht im Besitz gewesen, den Besitz nicht übertragen, sondern ein ihm nicht zustehendes Recht übertragen hatte, das B. in Besitz genommen, aber nicht als das Recht der Herrschaft, das er durch die judikatmäßige Anerkennung und das Inhibiren der Ausübung auch nicht restituirte. In Wahrheit lag auch entweder act. conf. oder neg. vor. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes auch für das Preuß. R. wird durch diesen Fall klar. Vgl. unt. Nr. 252.

Eine andre Frage ist, ob der Anspruch auf Einlösung dadurch verloren geht, daß der

gefordert werden. Das Gesetz fügt aber hinzu: Sollte nachgewiesen werden können, daß der Erwerber von dem Arrestschlage keine Wissenschaft gehabt habe, so kann der Arrestant die Herausgabe nur gegen Vergütigung des gezahlten Kaufgeldes oder Pfandschillings fordern.

Der Fall der Veräußerung oder Verpfändung einer mit Arrest belegten Sache steht dem Falle, wenn eine rechtshängige Sache veräußert wird, durchaus gleich.

Wenn aber in jenem Falle die allgemeinen Grundsätze über die Redlichkeit des Erwerbes aufrecht erhalten sind, so kann mit Sicherheit angenommen werden, daß es nicht beabsichtigt ist, in dem zweiten durchaus gleichen Falle den entgegengesetzten Grundsatz geltend zu machen.

Hiernach kann daher die Deutung, welche der App.-Richter dem § 9 I 24 gegeben hat, nicht für richtig angenommen werden. Diese Vorschrift kann vielmehr, wie auch schon in ObTr. 13 S. 152 geschehen ist, nur dahin verstanden werden, daß die Wirkung des Judikats, kraft dessen ein dingliches Recht erstritten worden, sich bis auf den Zeitpunkt der Insinuation der Vorladung zurückerstreckt und somit der, welcher sein dingliches Recht erstritten hat, demjenigen vorgeht, welcher erst, nachdem seinem Autor die gerichtliche Vorladung zugestellt worden, ein solches erwirbt.

Dies vorausgesetzt, ist zwar soviel zweifellos, daß die Verklagten, in Berücksichtigung des in dem Vorprozesse ergangenen Erkenntnisses, die Kläger als wahre Eigenthümer an den in ihrem Besitze befindlichen Parzellen anerkennen und diese Parzellen dem Kläger herausgeben müssen. Ob sie aber diese Herausgabe unentgeltlich bewirken müssen, oder ob sie auf Erstattung des für die Erwerbung Gegebenen und Geleisteten und überhaupt auf die Rechte des redlichen Besitzers Anspruch haben, dies hängt davon ab, ob sich die Verklagten im redlichen Besitze befinden. Den Verklagten steht die Vermuthung des redlichen Besitzes zur Seite. Den Klägern liegt daher ob, diese Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils zu beseitigen. Wenn Kläger in dieser Beziehung geltend gemacht haben, daß von den Verklagten zu einer Zeit gekauft worden, als das Hypothekenwesen noch nicht regulirt gewesen, so ist dies völlig bedeutungslos, da sich hieraus weder für, noch gegen die Rechtmäßigkeit oder Redlichkeit des Besitzes etwas ableiten läßt. Eben dies gilt von dem Umstande, daß die Verträge zwischen dem B. und seinen Kindern und Schwiegerkindern geschlossen worden. Von Bedeutung ist insoweit nur die Behauptung, daß die Verklagten beim Abschluß

Besitzer den Besitz durch einen Zufall verliert, der Eigenthümer ihn wiedergewinnt, z. B. das gestohlene, redlich erworbene Pferd läuft dem Käufer fort und kehrt zum Eigenthümer zurück. Vgl. darüber Bd. 1 S. 734, 735 u. unt. Nr. 243, Bd. 2 S. 637.

Bis zur Einlösung behält der berechtigte Besitzer nach § 26 h. t. die Sache und nach § 189 I 7 auch die Früchte. Von der Restitution ab wird ihm der später gezahlte Einlösungspreis verzinst werden müssen. Vgl. unt. Nr. 255.

Aus den beiden Voraussetzungen des Einlösungsanspruchs folgt, daß er nur zusteht gegen den Eigenthümer, dem restituirt, und seine Universalsuccessoren, nicht gegen die Singularsuccessoren, und nur dem redlichen Erwerber als solchem aus seiner Person, nicht aus der Person seines Autors. Er kann daher, wenn A. redlich von B. die Sache des C. erworben, ohne Eigenthümer geworden zu sein, u. A. an D. weiterveräußert, der weiß, daß weder A. noch B. Eigenthümer, von D. gegen C. nicht geltend gemacht werden. Der persönliche Anspruch des A. auf Einlösung, wenn er restituirt, kann auf D. nicht übergehn, da A. nicht restituirt. Daß der Einlösungsanspruch ein dinglicher, ist durch nichts zu begründen. (Abweichend Dernburg 1 § 248 bei Anm. 15.)

Die Vorschriften über die Einlösung sind anwendbar auf jeden redlichen Erwerber von dem unberechtigten Nichteigenthümer; anders regelt sich die Restitution bei Erwerb vom Eigenthümer, der zur Veräußerung nicht berechtigt, weil er in der Verfügung beschränkt. Vgl. I 16 §§ 170, 182, 189.

Ueber die Anwendung des Einlösungsrechts auf die s. g. Vindikation von Forderungen (Hypotheken), die namentlich dadurch bedenklich wird, daß von Restitution dabei kaum geredet werden kann, vgl. unt. Nr. 252. Ueber die Unanwendbarkeit bei der Grenzscheidungsklage, die nicht zugleich vindic. in sich enthält, vgl. StrA. 99 S. 80 zu I 17 §§ 372 ff.

der Erwerbungs-Verträge von der Litigiosität der erworbenen Parzellen Wissenschaft gehabt haben.

Gründe: c. Der dem redlichen Besitzer gegen den Vindikanten zustehende Gegenanspruch auf Ersatz des für die vindizirte Sache Verauslagten geht nicht weiter, als die Vindikation selbst von Erfolg ist. Nur insoweit der Eigenthümer mit seiner Rückforderung durchdringt, nur insoweit die Herausgabe der Sache wirklich erfolgt, und gegen diese Herausgabe erwächst dem redlichen Besitzer jene Gegenforderung. Dies ergiebt sich klar aus den §§ 25, 26 I 15 ALR. Danach muß der redliche Besitzer, wie es wörtlich heißt, die dem Eigenthümer abhanden gekommene Sache zwar zurückgeben, er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern. Soweit also die Sache untergegangen ist, soweit sie nicht herausgegeben werden kann, soweit kann auch ein Ersatz des dafür Gegebenen nicht verlangt werden.

Von diesen richtigen Grundsätzen ist der App.-Richter ausgegangen, indem er dem Verklagten den auf den gefallenen Hengst berechneten Theil des Kaufgeldes nicht zugesprochen hat. Ob dieser Ersatz dem Verklagten dann zustand, wenn die beiden Pferde, der Wagen nebst Sielen und Peitsche für ein Begriffsganzes zu erachten waren, kann unerörtert bleiben; denn der App.-Richter hat die Sachen nicht für einen Inbegriff erklärt. Unzweifelhaft ist es aber eine That-, nicht eine Rechtsfrage, ob mehrere Sachen zusammen eine universitas facti bilden oder als einzelne in Betracht kommen. Es hängt dies von der jedesmaligen Lage des Falles ab. Dieselben Sachen können in dem einen Falle als Inbegriff, im anderen als einzelne Sachen gelten.

Der Grundsatz, daß der durch Zufall entstandene Schade vom Eigenthümer getragen wird, kann den fraglichen Anspruch des Verklagten nicht begründen. In der That trägt die Klägerin, als Eigenthümerin des Rapphengstes, den durch dessen Tod verursachten Schaden; denn sie kann ihn nicht zurückerhalten, er ist ihr gefallen. Daraus aber, daß das Eigenthum der Klägerin an dem Hengste durch dessen Tod untergegangen ist, folgt nicht, daß dem redlichen Besitzer desselben der Kaufpreis ersetzt werden muß. Die lediglich aus der Herausgabe der vindizirten Sache entstehende Obligation zum Ersatze des für dieselbe Verausgabten kann wegen der Unmöglichkeit der Rückgabe nicht existent werden. Mit dem Wegfalle des Vindikations-Anspruches fällt auch die Gegenforderung.

Auch die §§ 179, 219 I 7 ALR. sind nicht verletzt. Für den kasuellen Untergang des Pferdes ist der Verklagte nicht verantwortlich gemacht; über den Anspruch des redlichen Besitzers auf Ersatz des von ihm für die vindizirte Sache Gegebenen disponiren aber diese §§ nicht.

Nr. 255. §§ 17 ff., 20, 27, 33—36, 37—41, 44 (§§ 81, 91, 92 I 20); I 7 §§ 10 ff., 40—42, §§ 179, 180, 184—187, 188 ff., 222 ff.; 20 § 538; 9 § 282; 11 § 158; 16 § 18. Vindikation der Mobilien. Die Einrede der Retention wegen Verwendungen. Die Restitution. omnis causa. Frühere Verbesserungen. Verschlimmerungen. Der Untergang der Sache. Der redliche und der unredliche Besitzer.*)

---

*) Vgl. Windscheid 1 §§ 193, 194, 195, § 186_7; Dernburg, Pand. 1 §§ 226, 227, § 205; Preuß. Privatr. 1 §§ 131, 149, 234, 247, 248; Förster (Eccius) 1 §§ 48, 51; 3 §§ 165, 180. — Für den Hauptinhalt des Vindikationsanspruchs, die Restitution der

a. Erk. v. 7. Juli 1854; ObTr. 28 S. 58 (StrA. 13 S. 261).
b. Erk. v. 3. Nov. 1870; StrA. 79 S. 332.
c. Erk. v. 26. Okt. 1871; StrA. 84 S. 121.
d. PlPräj. 2729 v. 4. Mai 1863; ObTr. 49 S. 21 (StrA. 50 S. 46).
e. Erk. v. 25. Okt. 1858; ObTr. 39 S. 48 (StrA. 31 S. 120).

Im Falle a. hatten die Parteien 1847 einen Tauschvertrag über Grundstücke abgeschlossen und ausgeführt, waren aber in Streit darüber gerathen, ob zu dem dem Kläger gebührenden Objekt auch ein aus 2 Wiesen und einem Stück Waldland bestehendes Restgut gehöre. Erst 1852 wurde der Beklagte zur Herausgabe desselben an den Kläger und zur Rechnungslegung über die von demselben bis zur Uebergabe gezogenen Nutzungen verurtheilt. Bei der Rechnungslegung entstand weitrer Streit darüber, ob der Bekl. nicht blos die gezogenen, sondern auch die Nutzungen zu ersetzen, welche der Kläger als Eigenthümer habe ziehen können. In 2. u. 3. Instanz ist der Anspruch auf fructus percipiendi abgelehnt. — Im Falle b. hatte die Klägerin die Herausgabe von Sachen aus einer Konkursmasse als ihr gehörig verlangt, der Verwalter widersprochen, den Verkauf derselben für die Masse beansprucht, die Klägerin im Wege des Arrestes den Verkauf inhibirt, erreicht, dass die Sachen in gerichtliche Verwahrung genommen wurden, und dann im Prozess ihr Eigenthum erstritten und die Herausgabe der Sachen erlangt. Sie verlangte demnächst von der Masse Ersatz der durch die gerichtliche Aufbewahrung entstandenen Kosten. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter verurtheilt. — Im Falle c. hatte der beklagte Ortsschulze B. ohne Zuziehung der Schöppen dem Mitbeklagten A. die Jagd auf den zum Gemeindejagdbezirk gehörigen Grundstücken der Kläger für 35 Thlr. jährlich verpachtet. A. die Jagd drei Jahre ausgeübt, die Kläger dann aber die Ungültigkeitserklärung des Vertrages und Aufhebung des Pachtverhältnisses erstritten. Sie klagten nun, weil ein jährlicher Pachtzins von 80 Thlr. angemessen gewesen, gegen A. u. B. auf Ersatz der ihnen in den drei Jahren des Besitzes des A. entgangenen 135 Thlr. Die Klage ist gegen A. abgewiesen. — Im Falle d. war der Beklagte rechtskräftig verurtheilt worden, von einem Hütungsplan, den er bei der Theilung im Jahre 1837 in Besitz genommen, eine Fläche mit den seit dem 1. April 1858, dem Tage der Klagebehändigung, gezogenen Nutzungen herauszugeben. Der Kläger forderte demnächst Rechnungslegung über diese Nutzungen für die Zeit vom 1. April 1858 bis 13. Okt. 1861, dem Tage der Rückgabe. Der 2. Richter wies ab, weil die §§ 256, 259 I 13, §§ 135 ff. I 14 ALR. nicht anwendbar. Das Plenum hat aber den Rechtsgrundsatz angenommen, dass ein Verklagter, der zur Herausgabe einer Sache mit den Früchten verurtheilt, schuldig ist, für die Zeit seit Behändigung der Klage über die erhobenen Früchte Rechnung zu legen. — Im Falle e. war A. auf Klage des B. in 2. Instanz verurtheilt worden, dem B. nach dessen Wahl zwanzig Morgen Ackerland von einem Plan zu übereignen, im Dezember 1855 im Wege der Exek. die Uebereignung geschehn, das Land von B. im Frühjahr 1856 bestellt, das Urtheil auf Nichtigkeitsbeschwerde aber inzwischen in 3. Instanz aufgehoben und B. abgewiesen, worauf A. das Grundstück wieder in Besitz nahm und aberntete. Auf Grund der §§ 197 ff. I 7 klagte B. gegen A. nunmehr auf Rechnungslegung über die Früchte des Wirthschaftsjahrs vom 1. Juli 1855 bis 1. Juli 1856, weil ihm als redlichem Besitzer in der Zeit vom Dezember 1855 bis zur Behändigung des Urtheils 3. Instanz ein verhältnissmässiger Theil der Nutzungen zustehe. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen abgewiesen.

Gründe: a. Kläger verlangt Vergütung der fructus percipiendi, wobei er sich insbesondere auf die Vorschrift des § 229 I 7 ALR. stützt. Mit Recht hat

Sache selbst nebst Zubehör, ist es bedeutungslos, ob der Besitzer redlich oder unredlich, insofern jedenfalls die Sache so, wie sie ist, zurückgegeben werden muß, falls nicht einer der die vindic. selbst gegen den redl. Besitzer beseitigenden Ausnahmefälle, Nr. 253, vorliegt. Dagegen wirkt

jedoch der App.=Richter diese Vorschrift nicht zur Anwendung gebracht. Sie lautet: Wer es weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre, der muß auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können, demselben vergüten.

Hierin ist eine strengere Verpflichtung enthalten, als diejenige, welche das ALR. sonst dem unredlichen Besitzer auflegt, indem dieser nach § 22 a. a. O. nur verpflichtet ist, die Früchte und Nutzungen zu vergüten, welche er während seines unredlichen Besitzes genossen hat, also die fructus perceptos, nicht die fructus percipiendos. Schon hieraus ergiebt sich, daß die strengere Verpflichtung des § 229 a. a. O. nicht jeden unredlichen Besitzer trifft. Hierüber geben indeß die Materialien zum ALR., welche Bornemann in seiner syst. Darstellung Bd. 2 S. 278 ff. (2. Aufl. S. 159) mittheilt, noch nähere Aufklärung. Nach dem Entwurfe sollte die gedachte strengere Verpflichtung nur denjenigen treffen, welcher betrüglicher Weise eine Sache besessen hat. Dagegen wurde monirt, daß Betrug und Unredlichkeit gleichbedeutende Ausdrücke seien, worauf Suarez in der Revisio monitorum bemerkte: Verschiedene Monenten wollen jeden unredlichen Besitzer zum Ersatz der fructus percipiendi verpflichten. Meo voto thun die Monenten zu viel und der Text zu wenig. Wenn man bedenkt, daß auch schon der, welcher aus einem verschuldeten errore facti seinen Besitz für rechtmäßig gehalten, daß schon der, welcher bei Erlangung des Besitzes an dessen Rechtmäßigkeit nur gezweifelt hat, ja selbst der possessor bonae fidei a die ins. cit. einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet werden, so wird es wohl offenbar zu hart sein, wenn man eben diesem auch fructus percipiendos zur Last legen wollte. Dagegen ist diese Verpflichtung zu sehr eingeschränkt, wenn man sie nur auf einen betrüglichen Besitzer richtet; es ist genug, wenn der Besitzer nur weiß, daß

---

wie im Röm. u. gem. R. die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzers auf den Umfang des Anspruchs ein, die omnis causa, die Gegenansprüche des Besitzers, die Ersatzansprüche des Vindikanten wegen der Veränderungen, welche die Sache im Laufe des Besitzes bis zur Rückgabe erfahren, §§ 20, 27 h. t.

1. Der unredliche Besitzer. Wer unredl. Besitzer in diesem Sinne, für die petitorische Klage, bestimmen die §§ 11 ff., 184, 185, 186, 222 I 7; §§ 18, 19, 33 ff., 39, 40, 41 h. t.; V. v. 13. Febr. 1843; I 9 § 586. Vgl. auch I 10 §§ 10, 24; 11 § 159; 19 § 5; 20 §§ 91, 92; II 14 § 19 u. ObTr. 27 S. 210, Nr. 184, Bd. 1 S. 1063. Die Begriffsbestimmung der redl. unrechtf. u. unredl. Besitzer in den §§ 11 ff. I 7 haben eine über die vindic. hinausgehende Bedeutung, für Ersitzung, für die public., den Erwerb von Hypotheken. Vgl. zu §§ 423, 424, 522 I 20; § 9 Abs. 2 EigenthGes. Danach ist unredlicher Besitzer, wer weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitzt, daß die Sache einem Andren gehört, daß sein Auktor nicht wahrer Eigenthümer, daß er eine fremde Sache erworben. Diese Unredlichkeit muß, da der Begr. des redl. Besitzes negativer Natur, weder von der Ueberzeugung, daß man Eigenth. oder redlichen Besitz erlangt hat, noch davon, daß man einen Titel angeben kann, abhängt, §§ 18, 179, 180, 187 I 7; §§ 37, 38 I 15; § 586 I 9, — bewiesen werden, Simon u. v. Str. R. 1 S. 429. Solche Unredlichkeit nimmt z. B. StrA. 40 S. 15 (vgl. unt. Nr. 141, Bd. 1 S. 678) an, wo für A. aus einem Judikat gegen B. auf dessen Grundstück eine Forderung eingetragen war, die sich ein Stadtmagistrat hatte überweisen lassen, nachdem B. zu den Magistratsakten angezeigt, daß das Judikat auf einem Meineide des A. beruhe, A. deshalb verurtheilt. Die Klage des Magistrats gegen B. ist auf den Einwand des B., der mit seiner Gegenforderung, gegen A. auf Schadensersatz aus dem Meineide kompensirte, abgewiesen, weil der Magistrat, der die Anzeige nicht habe ignoriren dürfen, nach §§ 26 ff. I 7 in mala fide. Keine mala fides begründet bloße Kenntniß von einem bevorstehenden Arrest, weil vor Behändigung des Arrestbefehls die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers nicht beschränkt, StrA. 87 S. 149, ebensowenig Kenntniß von der Litigiosität einer Sache, wenn damit nicht Kenntniß von dem ältren Titel des Klägers, § 25 I 10, oder von dem Nichteigenthum des Beklagten, von dem man erworben, verbunden, StrA. 78 S. 158 unt. Nr. 254a. u. unt. Nr. 181, Bd. 1 S. 1035, 1036. Die mala fides superveniens steht der ursprünglichen mala fides gleich, wenn sie auf der Ueberzeugung von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes beruht, § 17 I 7, zum Unterschiede von der Unvorsichtigkeit in §§ 15, 16 I 7, die der mala fides wesentlich, aber nicht in allen Stücken gleichgestellt wird, und in der Nichtbeachtung von Zweifeln gegen die Gültig=

seine possessio unrechtmäßig sei, gesetzt auch, daß er nicht just dolose dazu gelangt wäre.

Nach dieser Erläuterung wird derjenige, welcher es weiß, daß die Sache einem Andern gehöre, demjenigen entgegengesetzt, welcher ein solches Bewußtsein nicht hat, aber dennoch nach den Gesetzen einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet wird, dem fingirten unredlichen Besitzer. Denselben Unterschied macht auch v. Savigny in seinem System Bd. 6 S. 183 Note aa. mit Bezug auf § 241 I 7 ALR.

Fragt man nun, in welche der beiden Kategorien im vorliegenden Falle der Verklagte zu rechnen sei, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß, wenn er auch einem unredlichen Besitzer gleich zu achten, doch nicht dargethan ist, er habe gewußt, daß die beiden Wiesen dem Kläger gehören. Die Parteien haben mehrere Jahre lang mit einander darüber prozessirt, ob die beiden Wiesen unter diejenigen Grundstücke gehören, welche dem Kläger für sein Rittergut in Tausch gegeben worden. Der erste Richter verstattete den Kläger hierüber zum Erfüllungseide, der zweite Richter erkannte auf einen vom Verklagten abzuleistenden Eid, das ObTr. resolvirte auf Vervollständigung der Beweisaufnahme, demnächst erkannte der zweite Senat bestätigend, und die gegen sein Erkenntniß eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde wurde zurückgewiesen. Wenn nun auch nach so vielen Ermittelungen und Entscheidungen das durch das Purifikations-Erkenntniß ausgesprochene Resultat unter den Parteien als feststehend angesehen, und demgemäß angenommen werden muß, daß nach der dem Abschlusse des Vertrages vorausgegangenen mündlichen Verabredung die beiden Wiesen unter diejenigen Grundstücke gerechnet worden, welche der Kläger eingetauscht, und daß deren Aufführung im notariellen Vertrage nur aus Irrthum unterblieben sei, so

---

keit des Titels besteht, die schon beim Erwerb des Besitzes vorhanden. Ein Beispiel giebt OHG. 3 S. 381. A. hatte dem B. Aktien verpfändet, die dem C. gehörten, dem B. das Eigenthum des C. aber erst nachträglich mitgetheilt, B. sofort erklärt, daß er sein Pfandrecht aufrecht erhalte. Als C. gegen B. auf Herausgabe klagte, wollte B. auch wegen Forderungen retiniren, die erst nach jener Mittheilung für ihn entstanden. Das OHG. hat dies zugelassen, weil jene Mittheilung wohl Zweifel, aber keine Ueberzeugung von dem Dispositionsmangel des A. habe entstehn lassen können, zumal auch fremde Sachen verpfändet werden könnten. Ueber die Bedeutung der mala u. bona fides beim Besitzerwerb durch Dritte vgl. unt. Nr. 140, Bd. 1 S. 672 u. S. 676 u. RG. 9 S. 143. (Inferiren in eine Gesellschaft durch unredl. socius.)

Der Besitz wird indessen in einer Reihe von Fällen als unredlicher behandelt, obwohl der Besitzer nicht gradezu weiß oder überführt wird, daß er unrechtmäßig besitzt. Dahin gehört der Besitz des unvorsichtigen Erwerbers, §§ 13, 15 I 7; §§ 18, 19 Anh.; § 49 I 15; V. v. 13. Febr. 1843, ferner der Besitz desjenigen, der in den Fällen der §§ 184, 185 I 7; § 34 I 15 die Angabe seines Besitztitels verweigert, § 186 I 7, § 39 I 15, oder seinen Auktor ohne genügenden Grund nicht angeben kann, §§ 35, 36, 37 I 15, den Besitz ableugnet oder verheimlicht, §§ 40, 41 I 15, endlich der s. g. unrechtfertige Besitzer im Sinne § 14 I 7. Ob unvorsichtiger Erwerb vorliegt, ist wesentlich Sache der konkreten thatsächlichen Prüfung. Vgl. Nr. 253 u. StrA. 67 S. 84; 8 S. 75; 37 S. 211 das.; StrA. 37 S. 288. In letztrem Falle ist unvorsichtiger Erwerb gefunden im Erwerb einer Seehandlungsobligation mit Blankogiro des Eigenthümers, die der Besitzer vom Eigenthümer nur geliehen erhalten, ohne vorherige Erkundigung bei dem Eigenthümer über die Befugniß des Besitzers. Unrechtfertiger Besitzer ist nach StrA. 75 S. 368 auch, wer auf eine unbestrittne Vertragsbestimmung das Gesetz irrthümlich unrichtig anwendet. Wie weit die Verpflichtung des Besitzers zur Angabe und dem Nachweise des Vormanns nach den §§ 184, 185 I 7, §§ 34 ff. I 15 geht, ist nicht absolut, sondern nur konkret zu befinden; dies ergiebt sich namentlich aus § 185 I 7, der durch die §§ 130 ff., 259 CPO. nicht beseitigt, sondern erst recht seine sehr praktische Bedeutung erhalten hat.

Nach § 222 I 7 soll endlich der von Anfang an redliche Besitzer als unredlicher von dem Moment der Klagebehändigung ab gelten, was dem § 16 I 7 im Grunde genommen nicht entspricht.

Diese verschiedenen Kategorieen des unredlichen Besitzes werden indessen, wie sich aus §§ 229, 239, 240, 241 I 7 ergiebt, nicht unterschiedslos gleich behandelt; für den unrecht-

ist doch hierdurch allein noch nicht festgestellt, der Verklagte, welcher nach Abschluß des Vertrages die beiden Wiesen behielt, habe gewußt, daß dieselben dem Kläger zugehören. Es läßt sich sehr wohl denken, daß Verklagter über die von ihm selbst mit dem Kläger getroffenen Verabredungen im Unklaren gewesen. Revident beruft sich dagegen auf den Rechtssatz: Error facti proprii semper nocet, allein hieraus läßt sich nur schließen, daß der Irrthum des Verklagten ein verschuldeter sei, und daß Verklagter deshalb einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet werden müsse, was aber nach der von Suarez gegebenen Erläuterung nicht ausreicht, um die strengere Verpflichtung des § 229 I 7 ALR. zur Anwendung zu bringen. Auch sonst hat Kläger nichts beigebracht, woraus man entnehmen könnte, daß der Verklagte die in dieser Vorschrift vorausgesetzte Wissenschaft wirklich gehabt habe, im Gegentheil gewinnt es nach einer Aeußerung des Verklagten in einem der Klage abschriftlich beigefügten Briefe den Anschein, als habe Verklagter die Ueberzeugung gehabt, daß die beiden Wiesen nicht mitvertauscht worden.

Das im Vorprozesse ergangene Purifikations-Erkenntniß spricht nur die Verpflichtung des Verklagten aus, dem Kläger über die gezogenen Nutzungen, also über die fructus perceptos, Rechnung zu legen und ihn dieserhalb zu entschädigen, und wenn Kläger jetzt eine weitergehende, auch die fructus percipiendos umfassende Verpflichtung auf Grund des § 229 I 7 ALR. gegen den Verklagten geltend machen will, so ist es seine Sache, die thatsächlichen Voraussetzungen darzuthun, von denen das Gesetz diese strengere Verpflichtung abhängig macht. Das, was sich in dieser Beziehung aus der Entscheidung des Vorprozesses ergiebt, ist nach der vorstehenden Ausführung nicht genügend, und auch in anderer Art ist der Nachweis einer dem

---

fertigen Besitzer ist überdies darauf zu verweisen, daß er nicht blos das possess. hat, sondern auch ersitzen kann. Vgl. unt. Nr. 145b., Bd. 1 S. 701 u. Nr. 184, Bd. 1 S. 1063, Erk. d. Nr. 192, Bd. 2 S. 5. Die vollen Pflichten des unredl. Besitzers treffen nur den eigentlich unredlichen Besitzer im Sinne des § 11 I 7, der wissentlich unredlich in den Besitz gelangt ist; auch bei wirklicher (nicht blos nach § 222 I 7 fingirter) mala fides ist die Stellung des Besitzers, abgesehn von seinem Recht auf Einlösung, §§ 25, 26 I 15, nicht unwesentlich anders als desjenigen, der von Anfang an unredlich war. Vgl. unt. 2 darüber und über die besondre Stellung des redlichen Besitzers nach der Zustellung der Klage.

Jeder unredliche Besitzer giebt nach § 223 I 7 die Sache so, wie sie ist, mit allem Zubehör und den vorhandenen Früchten zurück und zwar auf seine Kosten.

Ersatz erhält der Kläger nach §§ 223—228, 231 I 7 für die nicht mehr vorhandenen, verzehrten oder veräußerten Früchte, und nach § 229 auch für die fructus percipiendi, d. h. a domino percipiendi. Im Erk. a. ist nachgewiesen, daß letztre Pflicht nur für den eigentlich unredl. Besitzer besteht. Vgl. unter 2. Damit ist natürlich der Ersatzanspruch für fruct. percipiendi, die schuldbar nicht gezogen, nicht versagt; ob vertretbares Versehn vorliegt, wird nach § 240 I 7 zu entscheiden sein. Ebenso Erk. c. Da Ersatz auch zu fordern, wenn schuldbarerweise nichts perzipirt, versteht es sich von selbst, daß zum Nachweise der percipiendi nicht der Nachweis der percepti erforderlich ist, StrA. 5 S. 251, 254. Der Unterschied, den § 232 h. t. zwischen dem unredl. u. unrechtf. Besitzer macht, hat nach dem Fortfall der Zinsbeschränkungen keine Bedeutung mehr. Ueber die Verpflichtung zur Rechnungslegung über die Früchte vgl. Erk. d. Daß die Früchte oder Ersatz für sie vom Eigenthümer nicht abgesondert von der Sache selbst in besondrem Prozeß gefordert werden können, so lange nicht der über die Restitution der Sache selbstschwebende Rechtsstreit entschieden, folgt aus der accessorischen Natur der Früchte und des Fruchtanspruchs. So lag ObTr. 48 S. 17, wo A. ein nach seiner Behauptung durch seine Ehefrau an B. verkauftes Grundstück vindizirte und in 1. Instanz erstritten hatte. Während der Prozeß schwebte, hatte der Verkl. die von ihm auf dem Grundstück gebaute Gerste abgeerntet und der Kläger verlangte in besondrem Prozeß Herausgabe dieser Gerste. In 2. u. 3. Instanz ist zur Zeit abgewiesen, weil nach §§ 188 ff., 223 I 7 der Fruchtanspruch von der schwebenden Hauptsache und deren Entscheidung abhängig. Ersatz erhält der Kläger ferner für die Verschlimmerungen der Sache. Zu solchen gehört z. B. auch die Belastung der Sache mit Pfand, Hypothek, StrA. 42 S. 99 (Klage auf Fortschaffung). Verschlimmerung ist auch Werthsverminderung der Sache in andrer Art, und namentlich der Untergang der Sache selbst und ihres Zubehörs. Auch hier scheiden

Verklagten beiwohnenden Wissenschaft, wie sie der mehrerwähnte § 229 voraussetzt, nicht geführt.

Gründe: b. Der App.-Richter hat zunächst auseinandergesetzt, daß die in Rede stehenden Aufbewahrungskosten nicht zu den gerichtlichen Kosten des Vorprozesses im Sinne des § 25 Nr. 1—3 I 23 AGO. zu rechnen seien, und daß aus diesem Grunde die Klägerin den Ersatz derselben von der Verklagten nicht beanspruchen könne.

Auf diese ganze Auseinandersetzung kommt es indessen, da jene Aufbewahrungskosten überhaupt nicht zu den Kosten des Vorprozesses, weder zu den gerichtlichen, noch zu den außergerichtlichen, gehören, nicht näher an, und haben daher auch die von der Klägerin gegen jene Auseinandersetzung erhobenen Angriffe unerörtert und ungeprüft auf sich beruhen bleiben können.

Von dem App.-Richter ist sodann erörtert, daß die fraglichen Aufbewahrungskosten höchstens als ein Schaden gelten könnten, welcher die Klägerin bei Gelegenheit des Vorprozesses getroffen: „Ein derartiger Schaden, welcher nicht die vindizirte Sache selbst betroffen, sondern nur nebenher entstanden, gehöre nicht ohne Weiteres zu der omnis causa, welche nach der Ausführung des ersten Richters der im Vorprozesse Verurtheilte unter allen Umständen zu restituiren habe; er könne ebensowenig zu den Früchten und Nutzungen des § 223 I 7 ALR. gerechnet werden, wie zu den zur Auslieferung oder Uebergabe der Sache erforderlichen Kosten des § 243 a. a. O. Es bedürfe vielmehr immer noch einer Feststellung, ob dem in Anspruch Genommenen irgend ein vertretbares Versehen zur Last fällt, welches eine Ersatzpflicht auf seiner Seite begründet. Klägerin habe aber ein solches nicht dargethan, und es sei auch nach den Umständen des vorliegenden Falles nicht anzunehmen."

---

die §§ 240—242 I 7 zwischen dem eigentlich unredl. Besitzer im obigen Sinne und dem unrechtfertigen Besitzer. Letztrer trägt namentlich nicht den Zufall. Den Zufall soll der eigentl. unredl. Besitzer tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache auch im Besitze des Eigenthümers, d. h. auch bei rechtzeitiger Restitution, getroffen haben würde; in diesem Fall steht der Schade in keinem ursachl. Zusammenhange mit dem unredl. Besitz. Nur im Falle des § 242 fällt auch diese Vertheidigung weg. Nach dem Wortlaute des § 241 hat der Bekl. nichts weiter zu beweisen, als daß der Zufall auch den Kläger betroffen haben würde, wenn er die Sache besessen, der Zufall kann so sein, daß es eines weitren Beweises nicht bedarf, z. B. bei Naturzufällen, Blitzschlag, Ueberschwemmung; Untergang aus innren Gründen, Krankheit, Verderben, kann einen weitren Beweis nöthig machen. Einen Beweis, daß der Eigenthümer die Sache behalten haben würde, hat der Bekl. danach nicht zu führen. Das röm. u. gem. R. geht nach der herrschenden Meinung allerdings von der entgegengesetzten Auffassung aus, die Entstehung des § 241 I 7, der ursprünglich, — Simon u. v. Str. Mater. S. 99, 175, 328, — dahin gefaßt war, daß der unr. Besitzer auch den Zufall zu tragen habe, wenn der Eigenthümer nachweise, daß der Zufall die Sache in seinem Besitz nicht getroffen haben würde, beweist aber, daß die Abweichung beabsichtigt ist. Dem Eigenthümer bleibt der Nachweis offen, daß er bei rechtzeitiger Restitution nicht besessen, vorher verkauft haben, von dem Zufall also nicht betroffen sein würde. In diesem Falle folgt die Pflicht zum Ersatz für den Besitzer aus § 244 I 7. Zur Sprache ist diese Frage in der Praxis des ObTr. nicht gekommen, aber in OHG. 8 S. 115; 9 S. 138 und namentlich in OHG. 21 S. 241 eingehend behandelt. Vgl. auch OHG. 21 S. 215, 218 zu I 16 § 170. In allen diesen Fällen handelte es sich um Verschlechterung von Werthpapieren durch Sinken des Kurses, eine Verschlechterung, die, wenn die Werthpapiere durch die Kursbewegung ganz werthlos geworden, dem Untergang der Sache gleichkommen kann, da der Kurs den Substanzwerth darstellt, nicht Früchte oder Nutzungen betrifft. Die Kursbewegungen stehn, weil sie von dem Einzelnen unabhängig, dem Zufall gleich. Vgl. StrA. 79 S. 3 für gem. R. unt. Nr. 258. In OHG. 21 S. 240 hatte A. gegen B. auf Rückgabe verpfändeter Aktien geklagt und Judikat erstritten. Als die Aktien bis zur Rückgabe im Kurse fielen, verlangte er Erstattung der Kursdifferenz zwischen dem Zeitpunkte, wo die Aktien hätten zurückgegeben werden müssen und dem Tage der Rückgabe. Es konnte hier in Frage kommen, ob Kläger nicht nach § 244 I 7 sogar den höchsten Kurs in der Zwischenzeit fordern durfte, eine Frage, um die es sich in OHG. 8 S. 115 handelte. Für das Preuß. R. folgt daraus, daß das Gesetz die Restitution und das Verbleiben im Besitz des Eigenthümers als das regelmäßige

Wegen der vorstehend aufgeführten Entscheidungsgründe wird von der Klägerin dem App.-Richter eine Verletzung der §§ 222, 223, 243, 244 I 7 ALR. zur Last gelegt, indem von ihr ausgeführt ist: In dem Vorprozesse seien die fraglichen Sachen rechtskräftig als ihr Eigenthum anerkannt, und die Verklagte zur Herausgabe der Sachen an sie verurtheilt. Das habe gesetzlich die Wirkung, daß die Verklagte vom Tage der Klagebehändigung als unredliche Besitzerin gelte, § 222 a. a. O. Der unredliche Besitzer habe aber nicht blos die Kosten der Auslieferung der Sachen zu tragen, sondern auch überhaupt dem Eigenthümer alles zu ersetzen, was derselbe durch die Vorenthaltung des Besitzes erweislich verloren, §§ 243, 244 a. a. O. Die Kosten der Aufbewahrung in der Pfandkammer würden nicht entstanden sein, wenn die Verklagte in die Herausgabe gewilligt. Nur ihr unbegründeter Widerspruch habe die Klägerin in den Verlust der fraglichen Kosten gestürzt. Diese Ausführung der Klägerin stellt sich im Wesentlichen als richtig dar, und es ist demnach unverkennbar, daß der App.-Richter sich der gerügten Verletzung des § 244 a. a. O. durch Nichtanwendung schuldig gemacht hat.

Denn daß die Zahlung der fraglichen Aufbewahrungskosten, wozu die Klägerin gemüßigt gewesen, für dieselbe einen Verlust involvirt, welcher ihr durch die Vorenthaltung der ihr eigenthümlich zugehörigen Sachen seitens der Verklagten erwachsen ist, kann nicht wohl einem Bedenken unterworfen sein, da dadurch, daß von der Verklagten unbegründeter Weise der Ausantwortung jener Sachen an die Klägerin widersprochen, und selbst der Verkauf derselben zum Besten der Masse verlangt worden, die Klägerin, um diesen Verkauf zu verhüten, zur Ausbringung des demnächst auch für justifizirt erklärten Arrestes, welcher die Aufbewahrung der Sachen in der Pfandkammer zur unmittelbaren Folge gehabt hat, gezwungen gewesen ist,

---

unterstellt, daß der Kläger den höchsten Kurs nur fordern kann, wenn er beweist, daß er damals verkauft haben würde, weil ihn ohnedies auch bei erfolgter Restitution auch der Verlust durch den Kursrückgang getroffen haben würde, und daß er ebenso nur unter gleicher Voraussetzung den Ersatz des Verlustes durch den Kursrückgang fordern kann. Vgl. auch zu § 18 I 16 OHG. 22 S. 416 u. 23 S. 369, 371; 24 S. 153, 156 und den abweichenden Art. 357 HGB. Nach denselben Grundsätzen bestimmt sich auch, welchen Wertherersatz der Vindikationskläger an Stelle der Sache fordern kann, wenn dieselbe vor oder nach der Klage so untergegangen, daß der Besitzer verantwortlich ist. Wie sich die Verantwortlichkeit des von Anfang an redlichen Besitzers gestaltet, der erst durch die Klage als unredl. Besitzer fingirt, darüber vgl. unt. 2 und über die Verpflichtung des unredl. Besitzers aus der Veräußerung vor oder nach der Klage, §§ 15, 16 I 15, § 158 I 11, Nr. 254. Die Verantwortlichkeit des unredl. Besitzers erstreckt sich auf die Sache, Zubehör und Früchte. Zu § 242 I 7 vgl. Erk. b. Nr. 133, Bd. 1 S. 615.

Gegenansprüche hat der unredl. Besitzer nur nach Maßgabe der §§ 233—239 I 7, die wiederum zwischen dem eigentlich unredl. und dem unrechtf. Besitzer praktisch bedeutsame Unterschiede machen. Vgl. I 9 § 333; 5 § 158; 20 §§ 639, 641. Das Retentionsrecht wegen solcher Gegenansprüche hat aber nach §§ 537, 538 I 20 derjenige, der unredlich in den Besitz der Sache gelangt, nicht, aber auch nur dieser nicht. Vgl. unter 2. Diese Ansprüche müssen deshalb auch noch nachträglich in gleicher Weise wie der Einlösungsanspruch des redl. Besitzers im Wege der Klage geltend gemacht werden können. Auch das jus tollendi, § 238 I 7, wird noch nach Rückgewähr geltend gemacht werden können. Die Bedenken, die solcher nachträglichen Geltendmachung entgegengestellt werden, verschwinden bei Beachtung des § 211 h. t. Vgl. ObTr. 55 S. 66 (StrA. 60 S. 264) unter 2. Zu § 236 vgl. unter 2.

Auf die §§ 242 ff. bezieht sich Erk. c., dessen unbedenklicher Satz für den Fall des unredl. u. redl. Besitzes gilt.

Ein Beispiel für § 244 h. t. giebt Erk. b.

2. Wesentlich anders gestaltet sich nach §§ 188 ff. I 7 das Verhältniß des redlichen Besitzers. Ueber die negative Natur des Begriffs des redl. Bes. §§ 18, 179, 180 I 7 vgl. das Erk. Nr. 184, Bd. 1 S. 1063. Der redliche Besitzer restituirt die Sache, so wie sie ist, nebst Zubehör; die Kosten der Restitution trägt der Eigenthümer, §§ 188, 220 I 7. In Betracht kommt dabei der Fruchterwerb des redl. Besitzers, §§ 189 ff. I 7, seine Ersatzansprüche für impensae u. expensae utiles, necessariae, das jus tollendi bei imp. volup-

und von ihr somit für diese Aufbewahrung der Sachen in der Pfandkammer ein Kostenaufwand hat bestritten werden müssen, der gar nicht würde haben entstanden sein können, wenn die Verklagte, wie ihr oblag, sofort in die Ausantwortung der Sachen an die Klägerin gewilligt hätte.

Zur Begründung der Ersatzpflicht der Verklagten in Betreff der fraglichen, von der Klägerin bezahlten Aufbewahrungskosten bedarf es aber überall nicht des Nachweises eines vertretbaren Versehens auf Seiten der Verklagten, wie sich solches aus dem klaren und deutlichen Inhalte jenes § 244 von selbst ergiebt.

Es ist daher eine unrichtige Auffassung, wenn der App.-Richter die Klägerin mit dem erhobenen Ersatzanspruche lediglich aus dem Grunde abgewiesen hat, weil von der Klägerin ein vertretbares Versehen auf Seiten der Verklagten nicht dargethan, ein solches auch nach den vorliegenden Umständen nicht anzunehmen sei.

Gründe: c. Es ist unbegründet, wenn Imploranten der Ansicht sind, daß hier überhaupt die Vorschriften über die Räumung des Besitzes von Seiten eines vollständigen oder auch eines unvollständigen Besitzers nicht interessirten, es sich vielmehr darum handele, ob der Verklagte dafür, daß er mit einem Vertreter von ihnen, der nicht legitimirt gewesen, kontrahirt und ihnen dadurch Schaden zugefügt, verantwortlich sei, weshalb sie den App.-Richter der Verletzung des § 12 Einl., der §§ 7, 10 I 6 ALR. und des § 9 des Jagdpolizeiges. v. 7. März 1850 beschuldigen. Im Vorprozesse ist zwar der Vertrag v. 3. Nov. 1865 für nicht zu Recht beständig erachtet worden, weil nach dem § 9 des Jagdpolizeigesetzes die Besitzer der einen Jagdpolizeibezirk bildenden Grundstücke durch die Gemeindebehörde vertreten werden,

---

tariae, §§ 204 ff. I 7; I 9 § 333; 11 §§ 303, 307; 18 § 543; 20 §§ 81, 606; II 1 § 391, seine Haftung für Deteriorationen § 219 h. t. Dazu tritt sein unt. Nr. 254b. behandeltes Einlösungsrecht und die Veränderung seiner Stellung durch die Klagezustellung, § 222 I 7.

a. Fruchterwerb. Ueber den Begriff der Frucht vgl. Nr. 34, Bd. 1 S. 123 und Nr. 165, Bd. 1 S. 861. Das Erk. Nr. 34 stellt den Unterschied von Frucht und Substanztheilen fest und giebt zugleich ein Beispiel für den Ersatzanspruch des Eigenthümers bei Veräußerung von Substanztheilen, der nur nach §§ 28 ff. I 15 zu begründen ist. Vgl. unt. Nr. 253. Bei bewegl. Sachen ist der Moment des Fruchterwerbs nach § 193 I 7 klar, zweifelhaft bei den natürlichen Früchten nutzbarer Grundstücke. Nach § 221 I 9 würden sie Eigenthum des redl. Besitzers mit der Aussaat und Entstehung, die Wintersaat sein Eigenthum sein und bleiben müssen, auch wenn die entstandene Frucht erst im nächsten Jahre und nach Beendigung des Wirthschaftsjahres, in dem sie entstanden, geerntet. Dem stehn die §§ 195 ff. I 7 aber direkt entgegen, ebenso wie die im § 201 I 7 angezogenen §§ 143, 145 ff. I 21. Denn danach ist es, — ebenso wie auch für das Verhältniß des Nießbrauchers zum Eigenthümer nach Beendigung des Nießbrauchs, vgl. StrA. 39 S. 215 bei I 21, — zweifellos, daß der redliche Besitzer keinerlei Ansprüche auf die Früchte hat, welche nach Beendigung des Wirthschaftsjahres geerntet, in welchem sein redl. Besitz und damit sein Nutzungsrecht aufgehört hat, auch wenn diese Früchte noch in diesem Wirthschaftsjahr und in dem Theil desselben entstanden, in welchem sein Besitz redlich war. Man ist daher gezwungen, anzunehmen, entweder, daß auch der redl. Besitzer das Eigenthum der Frucht erst mit der Perzeption erwirbt, oder daß er sein durch die Entstehung der Frucht erworbenes Eigenthum gegen den Eigenthümer nach dem Ende des redl. Besitzes ähnlich wie im Röm. R. der redl. Besitzer das durch Separation erworbene Eigenthum vor der Konsumtion, nicht geltend machen kann, wenn nicht die Perzeption hinzugetreten. Die Bestimmung des § 189 I 7 ist damit nicht unvereinbar. Auf letztrer Auffassung beruht StrA. 10 S. 197, dessen Thatbestand unt. Nr. 146, Bd. 1 S. 732 mitgetheilt. Es deduzirt, daß der redl. Besitzer dem dritten Nichteigenthümer und unberechtigten Nutzer gegenüber jedenfalls als Nutzungsberechtigter im Sinne § 221 I 9 anzusehn und deshalb ihm gegenüber die Rechte des Eigenthümers hat, § 176 I 7, während § 189 I 7 unanwendbar, weil dieser nur für das Verhältniß des redl. Besitzers zum Eigenthümer gegeben, nur Bestimmung für den Eigenthumserwerb an Früchten und Nutzungen in diesem Falle gebe oder vielmehr die Entbindung von der Erstattung von dem Genuß und der Perzeption abhängig mache. Dies

und der Mitverklagte B. daher allein, ohne Zuziehung der Schöppen, zum Abschlusse des gedachten Vertrages für die Imploraten nicht legitimirt gewesen; wenn aber auch nach § 12 Einl. sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publizirten Gesetzes entschuldigen kann, und danach anzunehmen wäre, daß Implorat, indem er den B. als legalen Vertreter der Imploranten angesehen, sich eines groben Versehens schuldig gemacht, so folgt doch daraus in keiner Weise, daß Implorat blos deshalb, weil er mit einem unlegitimirten Vertreter der Imploranten den Vertrag abgeschlossen, die letzteren nach den zitirten §§ 7, 10 I 6 zu entschädigen verpflichtet wäre. Der Mitverklagte B. befand sich, da er zum Abschluß des in Rede stehenden Vertrages für die Imploranten als deren Vertreter nicht legitimirt war, in der Lage desjenigen, welcher die Geschäfte eines Andern, und zwar blos um dessen Vortheil zu befördern, ohne Auftrag besorgt (§§ 213 ff. I 13), wie dieses auch im Vorprozesse angenommen worden, und wie Implorat dadurch allein, daß er sich mit diesem, als unlegitimirten Bevollmächtigten der Imploranten, in einen von ihnen demnächst nicht genehmigten Vertrag eingelassen, sich denselben verantwortlich gemacht haben sollte, ist nicht abzusehen. Ein ihn zur Entschädigung der Imploranten verpflichtender Eingriff des Imploraten in deren Rechte konnte vielmehr nach der aus den Darstellungen der Vorderrichter hervorgehenden Sachlage nur darin gefunden werden, daß derselbe sich auf Grund des in Rede stehenden, nicht zu Recht beständigen Vertrages in den Pachtbesitz des zu dem Grundeigenthum der Imploranten gehörigen Jagdrechts gesetzt, und es hat daher der App.-Richter auch nicht gefehlt, wenn derselbe bei Beurtheilung des Entschädigungs-Anspruchs der Imploranten auf die Grundsätze vom Besitz und dessen Räumung zurückgegangen ist. Wenn der App.-Richter aber hierbei die §§ 12, 14, 229 I 7 ALR. verletzt haben soll, weil

---

sei eine eigenthümliche Beschränkung des Fruchterwerbs zum Vortheil des Eigenthümers. Davon muß auch das Erk. e. ausgehn, das den an sich ganz unbedenklichen Satz begründet, daß die §§ 195 ff. I 7 über die Vertheilung der Nutzungen nach Verhältniß des redl. u. unredl. Besitzes im Laufe des letzten Wirthschaftsjahres voraussetzen, daß der Besitz in einem Vorjahre oder wenigstens mit dem Beginnen eines Wirthschaftsjahres bestanden hat. Ohnedies und bei Anwendung des § 221 I 9 hätten dem Kläger in dem Falle des Erk. e. die ganze Ernte von den Früchten, die er ausgesät, gehört. Geht man davon aus, daß das Eigenth. an den Früchten für den redl. Besitzer mit der Entstehung erworben wird, so ist der redl. Besitzer auch in der Lage, es auf Dritte zu übertragen, soweit Eigenthumsübertragung von stehender und hängender Frucht möglich. Darüber, daß der § 189 I 7 auf das Verhältniß des Benefizialerben zum Gläubiger nicht anwendbar, vgl. ObTr. 11 S. 469 unt. Nr. 170, Bd. 1 S. 918, 919, und daß § 189 nur für die petitorische, nicht für die possessorische Klage gilt, StrA. 19 S. 178, vgl. unt. Nr. 145e., Bd. 1 S. 725, ferner über die Unanwendbarkeit der §§ 199 ff. I 7 auf das Verhältniß zwischen Verpächter und Pächter, ObTr. 31 S. 420; 39 S. 152 (StrA. 39 S. 211) bei I 21.

Bei civilen Früchten tritt nach §§ 191, 192, 197, 200 I 7 (vgl. § 106 I 11; §§ 170, 171 I 21 u. ObTr. 41 S. 231; 48 S. 296 das.) grundsätzlich Theilung pro rata temporis ein; die Fälligkeit stellt bei ihnen den Moment des Eigenthumserwerbs dar.

b. Bei den Ersatzansprüchen des redl. Besitzers, nach §§ 81, 119 I 20 auch des Pfandbesitzers, § 247 I 7, handelt es sich namentlich um Verbesserungen und Erhaltungskosten. Nach §§ 204 ff. I 7 hat der Besitzer nicht den Werth der Verbesserungen, sondern höchstens den Ersatz dessen zu fordern, was er nützlich aufgewendet hat. Das gilt für die Sache selbst wie für ihr Zubehör. Bei Anschaffung von Inventar sind daher nur die Anschaffungskosten zu vergüten, StrA. 73 S. 222. Das jus toll., welches §§ 210, 211 für die imp. volupt. statuiren, muß nicht nothwendig bei der Restitution geltend gemacht werden; in § 211 ist die Zurücknahme die Zurücknahme der Verbesserung. Auch nach der Restitution der Sache kann daher auf die Gestattung des jus toll. geklagt werden, wie überhaupt abweichend vom Röm. R. l. 35 D. 12, 6; l. 14 D. 44, 4 (die gemeinrechtliche Praxis geht schon weiter als dieses) der redl. Besitzer wegen seiner Gegenansprüche nicht blos die exc. doli, Retention, sondern ein selbstständiges Klagerecht auf Erstattung auch nach der Restitution hat. Vgl. ObTr. 55 S. 66 (StrA. 60 S. 264) zu I 21 u. StrA. 33 S. 179 das. Da nach § 211 die Sache nach Zurücknahme der Verbesserung in den früheren Stand gesetzt werden muß, wird sich die Ausübung des jus toll. nach Jahren von selbst verbieten. So lag die

Implorat das fragliche Jagdrecht nicht als sein eigen in Besitz genommen und nicht in der Gültigkeit seines Besitztitels sich geirrt habe, und der von dem vollständigen Besitzer handelnde § 229 daher nicht zur Anwendung kommen könne, so steht der Annahme des App.-Richters, daß der Implorat nur aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels geirrt, das Ergebniß des Vorprozesses zur Seite, und konnte es keinen Erfolg haben, wenn Imploranten sich darauf beschränken, solches in Abrede zu stellen. Richtig dagegen ist es, daß Implorat nur den unvollständigen Besitz des fraglichen Jagdrechts erlangt hatte, der § 229 a. a. O. aber sich unter den Vorschriften befindet, welche sich auf das Verhältniß des vollständigen, des redlichen resp. unredlichen Besitzers bei Räumung des Besitzes beziehen. Allein die von dem unvollständigen Besitzer handelnden §§ 245 bis 250 betreffen lediglich die Fälle, wo außer dem Eigenthümer und dem unvollständigen Besitzer noch ein vollständiger, von welchem letzterer seine Rechte herleitet, vorhanden ist, und ergeben keinen Anhalt für den vorliegenden Fall, in welchem kein von dem Eigenthümer getrennter vollständiger Besitzer vorhanden, und es kann daher auch die Anwendung des § 229 a. a. O. auf diesen Fall kein Bedenken haben, da die Vorschrift desselben, nach welcher die darin gedachte Verpflichtung nur demjenigen Besitzer, welcher es weiß, daß sein Besitz ein unrechtmäßiger ist, auferlegt ist, wie die Materialien (Zeitschr. für die wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. R. Bd. 3 S. 172, 330) ergeben, in der Besorgniß vor „inextrikablen" Prozessen über die fructus percipiendi und der Rücksicht auf den weiten Begriff eines unredlichen Besitzers ihren Grund hat, welcher bei dem unvollständigen Besitzer ebenso wie bei dem vollständigen Platz greift.

Sache in ObTr. 55 S. 66 (StrA. 60 S. 264), wo nach Jahren die Fortnahme gepflanzter Bäume verlangt und abgelehnt wurde, weil sie inzwischen aus der restituirten Sache selbst ihr Wachsthum genommen und dadurch so wesentlich verändert, daß sie in dem Zustande, in welchem sie bei der Restitution der Sache gewesen, nicht zurückgenommen werden konnten, und dies ist selbstverständliche Voraussetzung des jus toll.

Die §§ 212 ff. betr. die Erhaltungskosten beziehen sich sowohl auf bewegl. wie auf unbewegl. Sachen. Ueber die Auslegung des § 212 I 7, die namentlich bei der Frage der Erstattung der Futterkosten bei der redhib. zur Erörterung gekommen, vgl. Nr. 113, Bd. 1 S. 506 u. ObTr. 19 S. 83, Erk. a. Nr. 91, Bd. 1 S. 380 sowie OHG. 7 S. 180; 8 S. 240; 3 S. 100; 9 S. 214; 11 S. 44. Vgl. auch ObTr. 67 S. 84 unter Nr. 254 S. 764.

c. Die Haftung des redl. Besitzers für Deteriorationen und die daraus hervorgehenden Ansprüche des Eigenthümers auf Ersatz. Nach § 219 I 7 soll der Besitzer für grobes Versehn haften, so lange er redlich besitzt, obwohl er, so lange er so besitzt, quasi rem suam neglexit; l. 31 § 3 D. 5, 3; denkbar und konstruirbar ist solch grobes Versehn nur vom abstrakten Standpunkt des bonus pater familias. Bei Verkauf oder sonstiger Veräußerung der Sache selbst oder von Zubehör vor der Klage ist ein Anspruch nur aus den §§ 28 ff. I 15 zu konstruiren. Alles das ändert sich mit dem Momente, wo der Besitz unredlich zu werden beginnt, d. h. mit der mala fides superveniens im Sinne des § 17 I 7 (I 9 §§ 611, 633; § 53 h. t.) und der fingirten mala fides in Folge der Klagebehändigung nach § 222 h. t., der durch § 239 CPO. aufrecht erhalten ist. Damit hört mit der in den §§ 197 ff. I 7 enthaltenen Modifikation bei nutzbaren Grundstücken der Fruchterwerb auf und die Haftung des Besitzers wird die des unredlichen, bei der eigentlichen mala fides superv. unbeschränkt, bei der fingirten, § 222 I 7, aber mit Beschränkungen, die sich aus §§ 229, 239, 240 I 7 ergeben, vgl. Erk. a. Danach haftet der fingirt unredl. Besitzer auch nach der Klagebehändigung — wie nach gem. R. l. 40 pr. D. 5, 3; StrA. 79 S. 3 — namentlich nicht für casus, sondern nur für culpa levis, §§ 20, 21 I 3, §§ 12—14 I 6, nach § 16 I 15 allerdings für Veräußerung wie jeder andre unredl. Besitzer, nach § 244 I 7 aber außerdem ohne besondren Nachweis einer culpa für Alles, was der Eigenthümer durch die Vorenthaltung des Besitzes, in kausalem Zusammenhang mit derselben erweislich verloren hat, d. h. für Schaden und entgangenen Gewinn, § 6 I 6; Erk. b.; OHG. 8 S. 115 (oben und unter Nr. 102, Bd. 1 S. 448, 449. In diesem Falle stand der Verlust am Kurse nicht in kausalem Zusammenhang mit der Vorenthaltung des Besitzes, wenn nicht erwiesen wurde, daß der Kläger grade damals verkauft hätte, wo der Kurs am höchsten stand,

Gründe: d. Die Vorschriften ALR. I 14 § 166 u. I 13 § 256 lauten ganz allgemein und finden, objektiv aufgefaßt, auch auf den unredlichen Besitzer und auf die Bewirthschaftung einer fruchttragenden Sache durch denselben Anwendung. Der hauptsächlichste Einwand gegen diese Anwendung wird aus dem Begriffe der negotiorum gestio hergeleitet, daß nämlich die Absicht des Handelnden auf die Besorgung des Geschäfts eines Anderen gerichtet sein müsse. Allein, wenn auch zugegeben ist, daß die Ansprüche des Handelnden, welche durch die actio negotiorum gestorum contraria verfolgt werden, durch die absichtliche Besorgung der Geschäfte eines Anderen bedingt sind, so gilt doch nicht dasselbe von den Ansprüchen des Berechtigten, dessen Geschäfte thatsächlich, wenngleich von dem Handelnden in der Absicht, dieselbe für sich, für eigene Rechnung und zu seinem eigenen Vortheil zu führen, besorgt worden sind. Ihm steht vielmehr gemeinrechtlich auch in diesem Falle die actio negotiorum gestorum directa und folglich auch der Anspruch auf Rechnungslegung gegen den zu, welcher in eigenem Namen gehandelt hat, l. 6 § 3 l. ult. l. 2 D. 3, 5. Die Begriffsbestimmung der Geschäftsführung ohne Auftrag in ALR. I 13 §§ 228—231 und die Fassung der §§ 166 I 14, und 256, 258 I 13 stimmen hiermit überein. Sie rechtfertigen auf keine Weise die Annahme, daß das ALR. von anderen Grundsätzen ausgegangen sei, und dem Berechtigten diese Befugniß nur dann eingeräumt habe, wenn der ohne Auftrag Handelnde die Geschäfte des Berechtigten in der Absicht, sie für denselben vorzunehmen, besorgt habe. Der § 64 I 23 AGO. geht ebenfalls von der Voraussetzung aus, daß der zufolge der Vindikations-Klage zur Herausgabe der Sache mit den Früchten verpflichtete Verklagte auch unter Umständen zur Rechnungslegung über die Früchte verpflichtet sei, daß daher der Anspruch auf diese Rechnungslegung durch das Rechtsverhältniß des

---

da ihn ohnedies auch der Rückgang im Kurse getroffen haben würde). Die culpa liegt in der Verzögerung der Restitution auf die erhobene Klage. Die Klagebehändigung führt, wie beim Bestehn eines obligatorischen Verhältnisses die Aufforderung oder der dies, §§ 20, 71 I 16, die Folgen der mora herbei, § 18 I 16. Die §§ 16, 17 I 7 würden nicht anwendbar sein, da sich nicht sagen läßt, daß die Klagebehändigung allein mala fides im Sinne der §§ 11, 16 I 7 begründet; noch weniger kann, da ein obligatorisches Verhältniß nicht besteht, die Aufforderung allein mala fides — und die Pflichten des unredlichen Besitzes herbeiführen. Vgl. RG. 3 S. 201 (für gem. R.).

Der fingirt unredl. Besitzer steht abgesehn selbst von den §§ 229, 239, 240 I 7 dem eigentlich unredl. Besitzer auch insofern nicht gleich, als dieser nach § 538 I 20 kein Retentionsrecht wegen seiner Gegenansprüche hat, wohl aber der Besitzer, der redlich in den Besitz gelangt und erst nachher unredlich geworden, § 537 I 20; StrA. 62 S. 315 unter Nr. 91, Bd. 1 S. 381, 383, wo zugleich dem, der auf Grund nichtigen Geschäfts in den Besitz gelangt, als unrechtfertigem Besitzer gemäß §§ 12, 14 I 7 das Retentionsrecht ebenso abgesprochen ist wie in ObTr. 50 S. 81, 86. Noch weiter in der Begünstigung des fingirt unredl. Besitzers geht das unt. Nr. 253 erwähnte ObTr. 24 S. 381 (StrA. 8 S. 208) u. StrA. 54 S. 238. In erstrem Falle handelte es sich um Rückgabe eines Pfandbriefs gegen Erstattung des Kaufpreises; dem Beklagten sind, weil er nur gegen Erstattung des pretium verpflichtet, die Kouponzinsen bis zum Tage der Erstattung zugesprochen. In letztrem Falle war A. auf Klage der Erben des B. verurtheilt, eine Wiese herauszugeben, die er bei Uebergabe eines Grundstücks, das B. ihm verkauft, als mitverkauft gutgläubig in Besitz genommen hatte. In 2. Instanz wurde die Verurtheilung mit den Pflichten eines unredl. Besitzers von der Klagebehändigung ab ausgesprochen, vom ObTr. aber vernichtet, weil A. zur Herausgabe nur gegen Erstattung von Kaufgeldern verurtheilt worden und deshalb bis zu dieser Erstattung weder in mora noch unredl. Besitzer sei; der § 222 I 7 setze unbedingte Verpflichtung zur sofortigen Herausgabe voraus; wo diese Verpflichtung suspensiv bedingt, nur gegen Zahlung zu fordern, liege bis zur Zahlung keine mora vor, bei Anwendung des § 222 I 7 würde die Vorschrift der §§ 209 ff. I 11 ausgeschlossen werden. Dies geht indessen offenbar zu weit, weil nach § 558 I 20 der Retentionsberechtigte keinen Anspruch auf die Nutzungen hat, diese behalten müßte, wenn man ihn bis zur Zahlung und Rückgabe als redl. Besitzer behandeln wollte, dies dem § 222 I 7 ebenso direkt widerspricht, wie den §§ 189, 195 ff. das. Aus der Berechtigung zur Retention bis zur Zahlung, Einlösung, folgt für die Berechtigung zur Nutzung der Sache bis dahin gewiß nichts, höchstens ein Recht zur Verzinsung der Ein-

Eigenthümers, dem unredlichen Besitzer gegenüber, jedenfalls nicht ausgeschlossen sei. Der § 234 I 7 ALR. läßt allerdings nach seiner Fassung die Frage über die Verpflichtung des unredlichen Besitzers zur Rechnungslegung überhaupt unentschieden, indem er nur die Abrechnung der wirthschaftlich verwendeten Gewinnungskosten von der Vorlegung einer darüber zur Zeit der Verwendung ordentlich geführten Rechnung abhängig macht. Derselbe ist aber mit der Annahme jener Verpflichtung sehr wohl zu vereinigen und liefert jedenfalls kein Moment dafür, daß diese Verpflichtung nicht aus dem § 256 I 13 ALR. herzuleiten sei. Bei der Erbschaftsklage ist diese Frage durch § 7 I 46 AGO. ausdrücklich dahin entschieden worden, daß dem Besitzer der Erbschaft, auf den Antrag eines Erben, aufgegeben werden soll: die Herausgabe des Inventarii und die Vorlegung seiner Administrations-Rechnung, was ohne Zweifel auch von dem unredlichen Besitzer der Erbschaft gelten muß, da das Gesetz hierunter nicht unterscheidet, sondern ganz allgemein spricht. Juristisch ist diese Verpflichtung zur Vorlegung der Administrations-Rechnung ebenfalls nur auf die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag zurückzuführen und zu gründen. Der unredliche Besitzer einer Sache, welcher es wußte, daß die Sache einem Anderen zugehöre und sie dennoch für sich benutzte, kann dem Eigenthümer, der es gerathen findet, an Stelle der Feststellung des vollen Ertragswerthes durch Sachverständige, die wirklich gezogenen Früchte von dem unredlichen Besitzer zu verlangen und seine Rechnungslegung behufs deren Feststellung zu erfordern, gewiß nicht den Einwand aus seinem eigenen dolus entgegen stellen, daß er zwar des Klägers Sache bewirthschaftet, aber nicht die Ansicht gehabt habe, dieselbe für ihn, sondern für sich selbst zu bewirthschaften. Aber auch der bis zur Klagebehändigung redliche Besitzer, welcher

---

lösungssumme vom Tage, wo er die Nutzungen der Sache nicht mehr zieht, bis zur Zahlung. Aber auch dies ist nach § 26 h. t. nicht anzuerkennen. Darauf beruht auch § 157 I 11, nach welchem der redliche Käufer, der vom revincirenden Eigenthümer nach §§ 25 ff. h. t. den Kaufpreis erstattet erhalten hat, von seinem Verkäufer die Zinsen des Kaufgeldes seit dem Zeitpunkte zu fordern hat, wo er mit der Sache die Nutzungen hat herausgeben müssen, d. h. der Verkäufer hat das dem Käufer vom Evincenten erstattete Kaufgeld vom Tage, wo dem Käufer die Nutzungen entzogen, nämlich nach § 222 I 7 vom Tage der Klagebehändigung im Prozeß mit dem Evincenten ab, bis zum Tage der Erstattung des Kaufgeldes zu verzinsen. Hätte der Evincent daneben noch Zinsen zu zahlen, so erhielte der Käufer doppelte Verzinsung. Einen Anspruch auf Verzinsung gegen den evincirenden Eigenthümer hat der redl. Besitzer nur bei mora desselben, d. h. wenn er trotz erfolgter Rückgabe der Sache und Früchte nicht gezahlt hat. Davon geht auch ObTr. 52 S. 1, 10 aus, wo es sich allerdings um den etwas anders gestalteten Fall der §§ 155 ff. I 5 handelte, auf den die §§ 188 ff. bez. 223 ff. I 7 nach §§ 158 u. 163 I 5 angewendet werden sollen, der Verkl. nach Rücktritt vom Vertrage zur Herausgabe des nur mündlich gekauften Grundstücks in dem Stande, wie er es empfangen, mit den Pflichten eines unrechtfertigen Besitzers und gegen Empfang des von ihm gezahlten Kaufgeldes verurtheilt war, und demnächst nach Jahren von ihm Rechnungslegung über die in seiner Besitzzeit gezogenen Nutzungen verlangt wurde. Hier wollte der 2. Richter den Anspruch auf Rechnungslegung nicht zulassen, weil der beklagte Besitzer Ansprüche auf die Nutzungen bis zur Zahlung des Kaufgeldes habe, die Zahlung nicht offerirt und die Herausgabe nicht verlangt worden sei. Das ObTr. hat vernichtet, weil der Besitzer nach § 558, §§ 139 ff. I 20 zur Nutzung nicht berechtigt.

Der Anspruch auf Rechnungslegung geht dagegen sowohl gegen den eigentlich unredlichen wie gegen den unrechtfertigen und den fingirt unredlichen Besitzer. So Erk. d. und das citirte ObTr. 52 S. 1, wo der Grundsatz auf den unrechtfertigen Besitzer im Sinne § 158 I 5 angewendet und StrA. 87 S. 179, wo er ebenso angewendet auf den Besitzer auf Grund eines nichtigen Parzellirungsvertrages.

In dem Präj. 2274 v. 14. Febr. 1851; ObTr. 20 S. 106 ist die Frage erörtert, ob die Vernichtung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Zuschlagsurtheils für den Adjudikatar schon mit der Zustellung der Nichtigkeitsbeschwerde die Pflichten eines unredl. Besitzers begründet. Die Frage ist verneint und angenommen, daß der Ersteher bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtheil redl. Besitzer bleibt. In dem Falle klagte der Eigenthümer des zur Subh. gestellten Grundstücks nach Aufhebung der Adjudikatoria und der Subhastation

nach § 222 I 7 ALR. seit der Klagebehändigung als unredlicher Besitzer anzusehen ist und als solcher die seitdem genossenen Früchte herausgeben muß, kann einen solchen Einwand zur Abwendung der Rechnungslegung nicht erheben. Zufolge § 48 I 7 AGO.*) wird durch die Klagebehändigung die streitige Sache in eine solche Lage gebracht, daß der Besitzer dem Gegner wegen der Aufsicht und Benutzung derselben, wie wegen aller Verfügungen über dieselbe verantwortlich wird. Seit der Klagebehändigung war der Besitzer rechtlich nicht mehr im Stande, die Sache als seine eigene zu betrachten, er mußte sie vielmehr als streitiges Eigenthum ansehen und als solche verwalten. Er besorgte, indem er die streitige Sache verwaltete, nicht mehr sein eigenes Geschäft, sondern bedingungsweise das Geschäft des wahren Eigenthümers; er muß daher dem obsiegenden Kläger, als demjenigen, für welchen die Sache verwaltet war, insofern sie demselben zuerkannt wurde, über Einnahme und Ausgabe Rechenschaft ablegen. v. Savigny in seinem Systeme § 267 (Bd. 6 S. 120) bemerkt, indem er tadelt, daß man im Falle des § 222 dem Eigenthümer nicht auch die Früchte zugebilligt habe, welche der Verklagte, während des Rechtsstreits zu gewinnen, etwa versäumt haben möchte: Jedem Beklagten, auch wenn er noch so fest von seinem Rechte überzeugt ist, kann man ohne Unbilligkeit zumuthen, daß er die Möglichkeit bedenke, den Prozeß zu verlieren, und für diesen möglichen Fall sich als den Verwalter eines fremden Gutes ansehe. Ebensowenig kann eine Unbilligkeit darin gefunden werden, daß man von dem Verklagten, der zur Herausgabe der Sache mit den Früchten rechtskräftig verurtheilt ist, verlangt, daß er für die Zeit seit der Insinuation der Klage Rechnung über die erhobenen Früchte lege.

---

*) CPO. § 239.

---

gegen den Ersteher auf Rückgabe gegen Erstattung der Kaufgelder und der Kosten, worüber die Parteien einig wurden. Der Bekl. verlangte aber noch Erstattung einer erheblichen Summe für Verbesserungen und Reparaturen, die er in seiner Besitzzeit vorgenommen, und wollte bis zur Erstattung retiniren. Der Kläger wollte das Retentionsrecht mit Rücksicht darauf, daß die Ausgaben erst nach Zustellung der Nichtigkeitsbeschwerde stattgehabt und der Bekl. damit nach § 222 I 7 unredlicher oder doch unrechtfertiger Besitzer geworden, nicht zugeben. Dies ist in allen Instanzen abgelehnt, weil der Ersteher, der in der adjudic. seinen Titel hat, ein Recht auf den Besitz durch die adjud. gewinnt, die vollstreckbar, deren Vollstreckung von ihm als Recht zu verlangen, ihn daher nicht unredlich machen, ebensowenig wie die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde ihn in moram nach §§ 15, 16 I 16 versetzen kann. Bezug genommen ist außerdem auf § 10 I 16 AGO. u. § 353 I 11. Jetzt kommen die §§ 94, 123, 126 des SubhGes. v. 13. Juli 1883 in Betracht. Vgl. SubhO. v. 15. März 1869 § 55; Ges. v. 4. März 1879 § 15; CPO. § 503 Abs. 2, § 655. Im Erk. e. ist ein ähnlicher Fall behandelt, wenn auch von andrem Gesichtspunkt. Auch im Fall des Erk. e. handelte es sich um Restitution der auf Grund Judikats erhaltenen Sache. Das ObTr. führt aus, daß der Besitzer zwar im Allgemeinen als redlicher Besitzer zu behandeln, auf die Früchte aber keinen Anspruch habe, da zu restituiren sei, wie wenn das aufgehobene Urtheil nicht ergangen. Dasselbe wird auch für den Fall des § 94 SubhGes. und die §§ 503, 655 CPO. gelten müssen.

Diese Grundsätze über die Restitution haben zunächst und hauptsächlich den Fall im Auge, wo der Eigenthümer die Sache von dem Besitzer zurückfordert, der sie nicht von ihm, sondern von dem Nichteigenthümer erhalten. Sie finden aber ebenso auch Anwendung, wenn der Eigenthümer seine Sache von demjenigen fordert, der sie von ihm auf Grund eines Vertrages erhalten und danach zurückgeben muß, aber nicht zurückgiebt. Dies besagt § 18 I 16, von welchem Anwendungen in I 14 § 72; 11 §§ 936, 1078; 20 § 149; 21 §§ 172, 332, auch in I 12 § 310. (Erbe und Legatar.) Anwendungen andrer Art finden sie, zum Theil modifizirt, beim Rücktritt von einem mündlichen Vertrage, der der erforderlichen schriftlichen Form entbehrt, I 5 §§ 158, 163, vgl. Nr. 91, Bd. 1 S. 380, bei der Aufhebung der Verträge in I 5 § 337 (redhib.), §§ 353, 355 (Betrug), §§ 366 ff., 398, 400; 11 §§ 229 ff., 239 (mangelnde Erfüllung), §§ 250 ff. (laesio enormis), §§ 272 ff., 290 (addictio in diem), §§ 1166, 1167 (Widerruf der Schenkung); 20 §§ 640, 642 (dingl. Vorkaufsrecht). Vgl. auch II 1 §§ 546, 881; I 11 § 482. Angezogen werden sie außerdem in I 11 §§ 25,

Im Gegentheil würde der Eigenthümer, wenn man ihm den Anspruch auf Rechnungslegung versagen wollte, schwerlich im Stande sein, seine Forderung an wirklich gezogenen Nutzungen, den §§ 223—226 gemäß, welche eine Wissenschaft ihm fremder Thatsachen voraussetzen, zu begründen. Der wahre Eigenthümer würde sich mithin bei der Verfolgung eines rechtlichen Anspruchs, dem unredlichen Besitzer gegenüber, der seit der Klagebehändigung genügende Veranlassung hatte, sich auf die Rechnungslegung vorzubereiten, in einer unverhältnißmäßig ungünstigen Lage befinden. Sollte der Verklagte dennoch nicht im Stande sein oder es unterlassen, seiner Verpflichtung, die Rechnung zu legen, nachzukommen, so würde dann erst der Eigenthümer im Wege der Exekution durch eine aufzustellende Ertragsrechnung seinen Anspruch und sein Interesse verfolgen können. Die Anforderung an den Verklagten zur Rechnungslegung erscheint daher sowohl rechtlich, als auch dem praktischen Bedürfnisse nach, wohl begründet.

Gründe: e. Imploranten beschweren sich mit Recht über unpassende Anwendung der §§ 197—200 I 7 ALR. In diesen sowie in den damit in Verbindung stehenden §§ 201—203 das. ist durchweg der Gegensatz zwischen den Nutzungen der früheren Wirthschaftsjahre, welche nach § 195 a. a. O. ohne Unterschied dem redlichen Besitzer verbleiben, und den zwischen dem redlichen Besitzer und dem Eigenthümer zu theilenden Nutzungen des letzten Wirthschaftsjahres festgehalten. Von einem letzten Wirthschaftsjahre kann aber schon dem Wortlaute nach nur insofern die Rede sein, als der redliche Besitzer das Grundstück bereits in einem Vorjahre bewirthschaftet hat; ebenso setzt die Bestimmung des § 198 dem Wortlaute nach ein Vorjahr voraus, in welchem der Besitz redlich gewesen ist. In dieser Hinsicht mag es indessen genügen, daß der redliche Besitz unmittelbar vor Anfang des Wirthschaftsjahres, dessen Früchte getheilt werden sollen, angefangen hat, ja es mag hinreichend sein, daß der redliche Besitz und der Anfang des Wirthschaftsjahres zusammenfällt, um das Recht des Besitzers auf Theilung der Nutzungen nach §§ 197 ff. a. a. O. zu begründen. Ein ganz anderes Sach- und Rechtsverhältniß aber waltet hier ob. Kläger hat im Anfange des Wirthschaftsjahres nicht besessen, den Besitz vielmehr nur im Verlaufe desselben erlangt und nach einigen Monaten im Verlaufe eben dieses Wirthschaftsjahres wieder verloren. Nach § 199 a. a. O. wird das Wirthschaftsjahr v. 1. Juli an gerechnet, demgemäß fordert Kläger unter Anderem auch Antheil an den Nutzungen v. 1. Juli bis 4. Dez. 1855, wo Verklagte das an sie herauszugebende Grundstück selber besaßen und bewirthschafteten. Nach den klimatischen und Wirthschaftsverhältnissen in hiesigen Gegenden fällt aber der bei Weitem größte Theil der Ernte jedes Jahres in die Zeit nach dem 1. Juli, und bis zum 4. Dezember ist sie ganz vollendet; der Anspruch des Klägers geht daher auf Theilnahme am Ertrage einer Ernte, welche die Verklagten gezogen hatten, bevor Kläger zum Besitze des Grundstücks gelangte, einer Ernte, welche nicht durch

---

353; 12 § 341. Direkte Anwendung finden sie bei der Lehnsrevocatoria, I 18 §§ 270, 303 (791—793), und bei der hered. petitio, I 9 §§ 494 ff. Vgl. Nr. 258.

In StrA. 51 S. 22, 26; 87 S. 179 u. ObTr. 80 S. 81, 86 werden die Vorschriften über die Restitution durch den unrechtf. Besitzer auch auf den Fall angewendet, wo der Besitz auf Grund eines nichtigen (nicht blos formlosen und deshalb nicht ganz unwirksamen) Vertrages übertragen ist. In allen diesen Fällen handelte es sich um nach dem früheren, jetzt aufgehobenen Rechte nichtige Parzellirungsverträge. In StrA. 87 S. 179 hatte A. an B. in dieser Weise mündlich eine Grundstücksparzelle verkauft und Michaelis 1868 übergeben, B. das Kaufgeld bezahlt, Michaelis 1870 A. das Grundstück zurückgenommen, weil es nicht zum gerichtl. Abschluß des Vertrages kam. B. hatte die Zinsen der eingetragenen Hypotheken für $1^1/_2$ Jahre berichtigt. Nun forderte B. das Kaufgeld und die gezahlten Zinsen zurück, indem er gegen die Zinsen des Kaufgeldes die gezogenen Nutzungen verrechnete. A. verlangte dagegen, daß B. die Nutzungen ersetze und Rechnung lege. In 2. u. 3. Instanz wurde angenommen, daß B. unrechtfertiger Besitzer nach §§ 12, 14 I 7, weil auch wenn der spätere gerichtliche Abschluß verabredet worden, wie behauptet war, dadurch die Annahme, daß B. aus Rechtsirrthum seinen Titel für gültig gehalten, nicht ausgeschlossen, und daß B. als unrechtf. Besitzer nach §§ 223 I 7 die gezogenen Nutzungen herauszugeben und Rechnung zu legen habe

seine, sondern durch die von den Verklagten, oder deren Rechtsvorgängern vorgenommene Bestellung erzielt ist. Es widerstreitet der Natur des dem Eigenthümer gegen den redlichen Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache nebst deren Nutzungen, daß Ersterer, um diesen Anspruch zu begründen und sich in dieser Beziehung mit dem redlichen Besitzer auseinander zu setzen, seinerseits über Nutzungen, welche er vor Anfang des Besitzes des Gegners bezogen, Rechnung legen, ja sogar demselben einen Theil dieser Nutzungen herausgeben soll.

Die §§ 197 bis einschließlich 200 a. a. O. passen hiernach weder dem Wortlaute noch dem Sinne und dem Zusammenhange nach auf Fälle dieser Art. Zwar bezieht sich der App.-Richter noch auf § 282 I 9 ALR., wo die §§ 189 ff. I 7 in Bezug genommen sind; es ist aber bereits oben ausgeführt, daß diese Vorschriften einen hier nicht vorliegenden Fall voraussetzen. Das Allegat in § 282 I 9 erscheint hiernach ohne Einfluß.

Aus vorstehenden Gründen rechtfertigt sich die Vernichtung des angefochtenen Urtels. In der Sache selbst aber folgt die Abweisung des Klägers schon daraus, daß derselbe, *mag er auch im Allgemeinen als redlicher Besitzer anzusehen sein, doch auf die während seiner Besitzzeit gezogenen Früchte, und wenn sein Besitz auch ein oder mehrere Wirthschaftsjahre gedauert hätte, nach Lage der Sache keine Rechte hat erwerben können.* Denn ihm ist das fragliche Grundstück auf Grund eines nachher vernichteten Urtels im Wege der Exekution überwiesen. In Folge der Vernichtung und der zugleich erkannten Abweisung des Klägers mußte das Geleistete dem Gegentheile erstattet, überhaupt alles so viel möglich in den Zustand versetzt werden, als ob keine Exekution stattgefunden hätte. Vgl. § 17 V. v. 14. Dez. 1833.*) *Kläger hatte demnach das Grundstück nebst den davon gezogenen Nutzungen ohne Unterschied an die Verklagten herauszugeben.*

Ob und welche Rechte übrigens demselben wegen der von ihm vorgenommenen Bestellung zustehen, ist hier nicht zu untersuchen.

---

*) Vgl. CPO. § 503 Abs. 2, § 655; SubhGes. § 94.

(Erk. d.), so daß sich der Anspruch des B. auf Kaufgeld und landübliche Zinsen, § 232 I 7, und der Anspruch des A. auf die Nutzungen gegenüberständen. Aehnlich liegt der Fall, wenn Genehmigung des Vertrages vorbehalten oder gesetzlich erforderlich, vgl. I 11 § 25.

In StrA. 78 S. 357 wird ebenso der Fall der Uebergabe auf Grund beabsichtigten, aber nicht zu Stande gekommenen Kaufvertrages behandelt. A. wollte an B. verkaufen, übergab 1857, nahm aber 1863 wieder zurück, weil sich das Geschäft zerschlug. B. hatte von 1857—1863 verpachtet. A. fordert von ihm Zahlung des Pachtzinses. Das ObTr. hat gegen den 2. Richter, der den B. als redl. Besitzer ansah, verurtheilt, weil B. vollständiger unredl. Besitzer, da er ohne jeden Titel besessen. Hinzuweisen ist dabei auf die §§ 259, 260 I 11, nach welchen bei *suspensiv bedingten* Kaufverträgen der Käufer, dem vor Eintritt der Bedingung übergeben, vorausgesetzt, das nichts andres verabredet, *als Verwalter* angesehn werden, wenn er aber ohne ausdrückliche Abrede *das Kaufgeld gezahlt hat,* die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben, *Nutzungen und Zinsen aber kompensirt werden sollen,* wenn der Vertrag demnächst nicht zu Stande kommt. Ueber die Frage, ob der Käufer eines Grundstücks, der vor der Auflassung übergeben erhalten hat, als redl. oder unrechtf. Besitzer anzusehn, vgl. unt. Nr. 256.

Nr. 256. §§ 1 ff., 42, 54, 56. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 §§ 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10. Vindikation der Immobilien.*)

a. Erk. v. 20. April 1877; ObTr. 80 S. 55.
b. Erk. v. 19. Juni 1876; ObTr. 78 S. 95 (StrA. 96 S. 168).
c. Erk. v. 18. Okt. 1875; ObTr. 76 S. 81 (StrA. 94 S. 188).

Im Falle a. hatte W. Z. vor 1872 durch Vertrag mit seinen Miterben, den Ziegler Z.'schen Erben, das Nachlassgrundstück Nr. 18 erworben, zu welchem unstreitig das Grundstück Nr. 21 von K. gehörte, welches auf besondrem Folium für den Erblasser eingetragen stand und blieb. Nachdem W. Z. das ganze Grundstück vor 1872 an den Kläger A. verkauft und übergeben, der Besitztitel für A. aber nur bei Nr. 18 berichtigt und durch eine ausdrückliche Erklärung zwischen Beiden konstatirt war, dass auch Nr. 21 von K. mitverkauft und übergeben, klagte A. gegen W. Z. und die übrigen Z.'schen Erben auf Anerkennung seines Eigenthums und Einwilligung in die Berichtigung seines Besitztitels bei Nr. 21 bezw. Auflassung. Das ObTr. hat gegen beide Instanzen, welche die Klage gegen die Miterben des W. Z. abwiesen, verurtheilt. — Im Falle b. hatte A. von der Wittwe Th. als der nach dem 1. Okt. 1872 eingetragenen Eigenthümerin ein Schulzengut gekauft und aufgelassen erhalten, nachdem B. einen Theil der Holzbestände des Guts zum Abholzen gekauft hatte. Als B. sich in den Besitz des Holzes setzen wollte, klagte A. gegen ihn auf Anerkennung seines Eigenthums, wurde aber in allen Instanzen abgewiesen, weil er zur Zeit seines Eigenthumserwerbs Kenntniss von dem Holzkaufe gehabt. — Im Falle c. war dem Kläger in der Subhastation der Hausbesitzung Grundbuch Nr. 69 von R. die in der langen Gasse daselbst belegene Hausbesitzung Nr. 69 zugeschlagen. Im Auszug aus der Gebäudesteuerrolle waren als Bestandtheile aufgeführt das Wohnhaus in der langen Gasse und der Hofraum. Auf demselben Grundbuchblatt stand noch „ein Hinterhaus in der Fleischergasse" eingetragen, das sich im Besitz des Beklagten befand. Als Kläger Räumung desselben verlangte, ist die Klage in allen Instanzen abgewiesen, nachdem auf den Einwand des Bekl. festgestellt, dass dies Hinterhaus nicht zur Subhastation gestellt und nicht zugeschlagen.

Gründe: a. Die Kläger sind, noch unter der Herrschaft der landrechtlichen Vorschriften über den Eigenthumserwerb, durch Kauf und Uebergabe von dem legitimirten Erben W. Z., wahre Eigenthümer des Nachlaßgrundstückes und vermöge der rückwirkenden Kraft der Vertragsdeklaration, namentlich auch wahre Eigenthümer des hier in Frage stehenden Grundstückes Nr. 21 K. geworden (§§ 1 ff. I 10, §§ 186 ff. I 5 ALR.). Sie sind aber an der Ausübung des Eigenthumsrechtes behindert, insofern derjenige, auf dessen Namen das Grundstück eingetragen ist, der Umschreibung auf sie die Genehmigung versagt; denn das förmliche, die Ausübung aller dem wahren Eigenthümer zustehenden Rechte gewährleistende Eigenthum an einem Grundstücke ist zur Zeit nur noch durch Eintragung im Grundbuche, und, im Falle des Erwerbes im Wege freiwilliger Veräußerung, durch Eintragung auf Grund der Auflassung von Seiten des eingetragenen Eigenthümers, zu erlangen. (§§ 1, 2 Ges. v. 5. Mai 1872.) Einen vertragsmäßigen Anspruch auf Abgabe der Auflassungserklärung haben die Kläger zunächst nur gegen ihren Verkäufer W. Z. Die von den Mitverklagten abgegebene Erklärung verletzt aber nicht allein das dingliche Recht der Kläger, indem sie ihrem Eigenthume das Anerkenntniß versagt; sondern sie negirt gleichzeitig das vertragsmäßige Recht der Kläger, durch die mit ihrem Verkäufer vorzunehmende Auflassung das förmliche Eigenthum, und damit

*) Vgl. Stobbe, deutsches Privatr. 2 §§ 95, 96; Dernburg 1 §§ 203, 242, 243, 245 ff.; Förster (Eccius) 3 §§ 178, 180. — Es ist früher (Nr. 192, 252) darauf

die rechtliche Möglichkeit zur Ausübung ihrer Rechte als wahre Eigenthümer zu erlangen. Diese Negirung, verbunden mit der Prätension des Eigenthumes, beziehentlich Miteigenthumes an dem angeblich ein noch ungetheiltes Stück des Ziegler Z.'schen Nachlasses bildenden Grundstücke Nr. 21 K., enthält einen Eingriff in die Rechtssphäre der Kläger, welcher für diese zwar keinen vertragsmäßigen, aber zweifellos einen obligatorischen Anspruch auf Beseitigung des damit der Ausübung ihrer Eigenthumsrechte entgegentretenden Hindernisses erzeugt.

Der App.-Richter verkennt nicht allein diese obligatorische Seite des Klageanspruches, sondern er stellt auch dieselbe unmotivirter Weise in einen thatsächlich nicht vorhandenen Gegensatz zu dessen dinglicher Seite. In der That ist die obligatorische Verpflichtung des ohne Recht Eingetragenen, der Umschreibung auf den Namen des wahren Eigenthümers seine Einwilligung nicht zu versagen, eine bloße Konsequenz der dinglichen Verpflichtung, das Eigenthum desselben, welches er thatsächlich oder durch ausdrückliche Erklärung verletzt hat, anerkennen zu müssen, genau so, wie auch die Beseitigung des gegen die Ausübung des dinglichen Rechtes errichteten Hindernisses, die Erstattung des hierdurch dem Berechtigten verursachten Schadens, die Verfällung in Strafe für wiederholte Eingriffe sich als obligatorische Konsequenzen der einem dinglichen Anspruche entsprechenden Verpflichtung kennzeichnen.

Von gleichem Grundsatze ist auch die, wenn schon für ein anders geartetes Rechts- und Sachverhältniß ergangene Entscheidung v. 14. Jan. 1876 (StrA. 94 S. 362) ausgegangen, wie derselbe ebenmäßig in der Doktrin (vgl. Dernburg, Privat-Recht Bd. 1 § 245 S. 529) sich anerkannt findet. Es würde dem gegenüber keinen Unterschied machen, wenn in einem dazu geeigneten Falle die entsprechende Verpflichtung sich zur Höhe einer positiven Handlung oder Leistung steigerte; vor-

---

hingewiesen, daß das ALR. den Eigenthumserwerb, Eigenthumsverlust und die Vindikation der Immobilien wesentlich nicht anders behandelte als bei den Mobilien. Wie bei den Mobilien unter besondren Umständen Erwerb vom Nichteigenthümer Eigenthum für den gutgläubigen Erwerber verschafft, so auch bei Immobilien im Falle der Präklusion, § 54 h. t., die jetzt von besondrer Bedeutung und besonders, zum Theil abweichend vom früheren Recht, für die Versteigerung in der Zwangsvollstreckung durch das Ges. v. 13. Juli 1883 geregelt, — und im Falle des gutgläubigen entgeltlichen Erwerbs von dem eingetragenen Nichteigenthümer, § 9 Abs. 2 EigenthGes. Vgl. darüber Nr. 209, Bd. 2 S. 193. Vgl. auch GrundbO. §§ 49, 135; AusfGes. z. CPO. §§ 24, 25, 27; CPO. §§ 823 ff. Wie auf die Grundsätze vom Eigenthumserwerb an Immobilien das EigenthGes. v. 5. Mai 1872 eingewirkt, ist in den Nr. 192 ff. entwickelt. Indirekt ist damit auch die Vindikation der Immobilien insofern beeinflußt, als der Erwerb des Eigenth. die Grundlage für jede Vindikation. Direkt ist es aber geschehn durch die Vorschriften in §§ 4, 6, 7, 9, 10 des Ges. v. 5. Mai 1872, insofern danach **1.** der Beweis des Eigenthums an eingetragenen Grundstücken durch den Beweis der Eintragung des Klägers als Eigenthümers geführt wird und **2.** die Vertheidigung des beklagten Besitzers eingeschränkt und anders gestaltet ist. Im Uebrigen sind die landrechtlichen Grundsätze von der vind. und der actio publ. unverändert geblieben; namentlich finden auch bei Immobilien die Vorschriften über die Restitution und ihren verschiedenen Umfang beim redl. bez. unredl. Besitz und über die Einlösungspflicht des Eigenthümers gegenüber dem redl. Besitzer Anwendung. Unbeschränkt gelten sie da, wo der nicht eingetragene Eigenthümer (z. B. der Erbe) gegen den nicht eingetragenen Besitzer klagt; unbeschränkt sollen sie nach der unter Nr. 192 mitgetheilten streitigen, bedenklichen, aber überwiegenden Auffassung Anwendung finden, nicht blos, wo das Grundbuch noch nicht besteht, die Eintragung in solches nicht stattfinden kann, der Eigenthumserwerb sich nach den Bestimmungen des früheren Rechts und nicht durch Auflassung vollzieht, sondern auch da, wo der eingetragene Eigenthümer nach den früheren Bestimmungen oder auf Grund Auflassung von einem nach den früheren Bestimmungen eingetragenen Eigenthümer eingetragen ist. Vgl. RG. 3 S. 375; 4 S. 290.

Aber auch wo die Grundsätze des EigenthGes. Anwendung finden, ist in Uebereinstimmung mit dem allgem. Satz für jede vindic., Nr. 252, 254, Kläger regelmäßig der nicht besitzende Eigenthümer, Beklagter der besitzende Nichteigenthümer. Unter Nr. 254 sind Fälle erwähnt, in denen der vindic. gegenüber auch der Nichtbesitzer ausnahmsweise legitimirt. Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Eintragung als Eigenthümer nach früherem wie nach neuem Recht,

liegend wird eine solche nicht beansprucht, da der Antrag nur auf eine Bewilligung gerichtet ist, deren ausdrückliche Erklärung das Judikat supplirt. (§ 3 Ges. v. 5. Mai 1872.)

Endlich kann auch nach der Natur der Verletzung des klägerischen Eigenthumsrechtes, welche nicht allein dessen Rechtsbestand für den Augenblick in Frage läßt, sondern durch die vorbehaltene Rückforderung eine Wiederkehr oder Andauer des Eingriffes in sichere Aussicht stellt, kein Bedenken darüber obwalten, daß den Klägern eine justa causa für die erhobene Klage geboten war. Der App.-Richter hat demnach gegen den Grundsatz, daß aus der Verpflichtung des titulirten Besitzers zur Anerkennung des wahren Eigenthumes des Klägers auch seine Verbindlichkeit zur Beseitigung des Hindernisses folgt, welches seine eigene Eintragung der Eintragung des Klägers entgegenstellt und daß die Beseitigung dieses Hindernisses durch Klage auf förmliche Eigenthumsübertragung gegen den ohne Recht Eingetragenen zu erzwingen ist, unter gleichzeitiger Verletzung des § 2 I 32 AGO., durch die abweichende Entscheidung verstoßen.

In der Sache selbst erscheint als nothwendige Vorbedingung für die Verurtheilung nach dem Klageantrage der Umstand, daß die Eintragung des Zieglers Z. im Grundbuche als ein von den Mitverklagten zu beseitigendes Hinderniß der Eintragung der Kläger entgegensteht. Wäre die Auflassung des Eigenthumes von W. Z. allein zu bewirken, und bedürfte es zur Eintragung des Eigenthumes der Kläger nicht der Mitwirkung der Mitverklagten, so würde sich der entsprechende Theil des Klageantrages von vornherein als unbegründet erweisen. Nun ist aber nicht nur die Mitwirkung der Mitverklagten vom Grundbuchrichter in Anspruch genommen, sondern auch, dem materiellen Rechte entsprechend, als nothwendig anzuerkennen. Der Ziegler Z., auf dessen Namen der Besittitel berichtigt steht, hat unstreitig mit

---

§§ 7 ff. I 10 ALR., § 9 Abs. 2, § 19 EigenthGes., läßt sich mit Grund sagen, daß die Eintragung als Eigenthümer in ihrer rechtlichen Wirkung vom Standpunkt der vindic. dem Besitz gleich steht; wie dieser und fast mehr wie dieser hindert sie, wenn sie für den Nichteigenthümer erfolgt, den wahren Eigenthümer an der Disposition und setzt ihn Dispositionen seitens des Nichteigenthümers aus, die zur Aufhebung des Eigenthums führen können. Der Fälle, wo der wahre Eigenthümer nicht eingetragen, der eingetragene der Nichteigenthümer, giebt es nach neuem Recht ebenso wie nach altem mehr als einen. Ein Beispiel, in welchem das alte Recht fortwirkte, giebt das Erk. a. Nach neuem Recht kann der wahre Eigenthümer im Besitz, der falsche eingetragen sein, z. B. wenn zum Schein aufgelassen, ObTr. 75 S. 22 unter Nr. 193a., Bd. 2 S. 36, wenn fälschlich unter dem Namen des eingetragenen Eigenthümers durch einen unberechtigten Dritten aufgelassen, wenn der wahre Erbe im Besitz, der falsche eingetragen. In allen diesen Fällen kann die Klage gegen den Nichtbesitzer, der als Eigenthümer eingetragen, als vindic. aufgefaßt werden, ohne daß es nöthig, sie als obligatorische oder eine besondre Klage deutschen Rechts zu konstruiren. Sie hat noch das Besondre, daß der Kläger in solchem Falle nicht blos seinen Eigenthumserwerb zu erweisen hat, sondern, ebenso wie in den Fällen der vindic. von Mobilien unter Nr. 253, daß der Beklagte trotz der Eintragung nicht Eigenthümer geworden ist, d. h. vom Nichteigenthümer unentgeltlich oder mala fide oder sonst in einer Weise erworben hat, durch welche das Eigenthum nicht übertragen wurde, § 9 Abs. 2 EigenthGes. Vgl. Erk. d. Nr. 192.

Wo der eingetragene Eigenthümer vindizirt, hat er nur seine Eintragung darzuthun, nichts weiter; die Eintr. legitimirt ihn nicht blos, wie zum Theil schon nach früherem Recht angenommen war, vgl. Erk. b. Nr. 192 (RG. 5 S. 282), Bd. 2 S. 5, 6, 10, 11, sondern sie schafft eine Präsumtion für sein Eigenthum, er gilt als Eigenthümer auch gegenüber dem Besitzer, der die Präsumtion beseitigen muß, vgl. RG. 2 S. 228 u. weiter unten, — und zwar bezüglich des ganzen Grundstücks, wie es sich aus dem Grundbuch und dem Kataster oder dem Grundbuch allein, wenn es noch nicht auf das Kataster zurückgeführt, StrA. 99 S. 62, ergiebt, und bezüglich des beweglichen Zubehörs, dessen Qualität als solches besonders zu erweisen ist, Bd. 2 S. 31 unter Nr. 193. Daß dieser Beweis unter Umständen nicht ausreichen kann, wenn z. B. dasselbe Grundstück auf andrem Folium auch für den Bekl. eingetragen, darüber vgl. ObTr. 83 S. 270, Bd. 2 S. 30 unter Nr. 193. Ebenso RG. 11 S. 275, u. Erk. d. Nr. 209, Bd. 2 S. 193. (Vgl. RG. 13 S. 247, Eintr. einer Hypothek auf einem Grundstück mit 2 Folien, Eintragung nur auf einem Folium.)

seiner verstorbenen Ehefrau in der Gütergemeinschaft nach der pommerschen Bauerordnung v. 30. Dez. 1764 gelebt, diese Gemeinschaft mit seinen Kindern, dem W. Z. und den Mitverklagten, fortgesetzt und vor seinem am 5. September 1871 erfolgten Tode ein von diesen allerseits anerkanntes Testament errichtet, in welchem er von dem ihm zustehenden Wahlrechte, die Grundstücke aus der gemeinschaftlichen Masse gegen Erlegung der Taxe zu übernehmen, Gebrauch zu machen erklärt, demnächst den W. Z. zu seinem Universalerben beruft und diesem die Ausübung des getroffenen Wahlrechtes überläßt.

Durch diese anerkannte Verfügung war indessen nur die Absicht des Testators, das Eigenthum der Nachlaßgrundstücke dem W. Z. zuzuwenden, festgestellt; das Eigenthum selbst war durch die bloße Willenserklärung nicht übergegangen, um so weniger, als auch nach den Vorschriften der pommerschen Bauerordnung der überlebende Wittwer Grundstücke aus der gemeinschaftlichen Masse ohne Zuziehung der Gemeinschaftsgenossen zu veräußern und über die Masse überhaupt zu Gunsten eines Anderen unter Lebenden zu verfügen nicht befugt ist (ObTr. 59 S. 184; 66 S. 101; 77 S. 58), vielmehr das Wahlrecht in Betreff der gütergemeinschaftlichen Grundstücke nur nach Maßgabe der subsidiär anwendbaren (vgl. Reskr. v. 20. Juli 1795, v. Rabe, Samml. preuß. Gesetze rc. Bd. 3 S. 121) landrechtlichen Vorschriften ausübt. Demnach war das Eigenthum an den Grundstücken — darunter an dem Nr. 21 K. — beim Ableben des Zieglers Z. aus der Gemeinschaft nicht ausgeschieden, vielmehr über dasselbe bei Theilung des Gesammtnachlasses der ursprünglichen Gemeinschaftsgenossen, der Ziegler Z.'schen Eheleute, unter deren legitimirten Erben zu rezessiren. Um den Uebergang des Eigenthumes von Nr. 21 K. auf den Miterben W. Z., den Verkäufer der Kläger, zu vermitteln und die Umschreibung desselben auf ihren Namen zu ermöglichen, dazu bedarf es also des Anerkenntnisses

---

Abgesehn von dem erwähnten Falle, in welchem der nicht eingetragene besitzende Eigenthümer gegen den nichtbesitzenden eingetragenen Nichteigenthümer klagt, kann die vindic. auch hier nur gegen den Besitzer angestellt werden, der zur Zeit der Klage besitzt. Vgl. Erk. a. Nr. 254. Hat er vorher veräußert und übergeben, so kann wie bei vindic. der Mobilien, Nr. 254, nur ein Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden, wenn Schade entstanden. In StrA. 94 S. 362 klagte der im Besitz eines Grundstücks befindliche A. gegen B., der von ihm in einem Vorprozeß ohne Erfolg Herausgabe verlangt hatte, auf Anerkennung seines Eigenthums an dem Grundstück, das er vor 1872 durch Ersitzung erworben, das B. aber bereits vor Anstellung der Klage 1873 an C. aufgelassen hatte. Nachdem B. dies im Prozeß eingewendet und erwiesen hatte, änderte A. seinen Antrag dahin, daß Beklagter schuldig, ihm das Eigenth. an dem Grundstück zu gewähren event. den in sep. zu ermittelnden Schaden zu ersetzen. Das ObTr. hat abgewiesen, weil die Klage auf Gewährung des Eigenthums nur gegen den zu richten, der dazu im Stande, d. h. den Eingetragenen (unterstellt muß dabei werden, daß eine obligatorische Verpflichtung nicht besteht), während der Schadensersatzanspruch nicht begründet, weil weder vertretbare Schuld behauptet noch ersichtlich gemacht, wie durch die Auflassung Schade entstanden. (In letztrer Beziehung muß davon ausgegangen sein, daß das durch Ersitzung vor 1872 erworbene Eigenthum durch Aufl. seitens des vor 1872 eingetragenen Eigenthümers nicht verloren gegangen.) Vgl. unt. Nr. 193.

Bei Veräußerung nach der Klagezustellung kommen die Wirkungen der Litigiosität, aber nach § 9 Abs. 2 des EigenthGes. § 238 CPO. zugleich in Betracht, was schon nach früherem R. für den § 9 I 24 AGO. angenommen war, ObTr. 35 S. 40; 30 S. 204; Erk. b. Nr. 254b., Bd. 2 S. 771, daß diese Wirkungen dem guten Glauben des Grundbuchs gegenüber zurücktreten. Vgl. auch unt. Nr. 193a., Bd. 2 S. 40. Im Uebrigen gilt auch hier das unt. Nr. 254 Gesagte. Namentlich kommen auch die §§ 28 ff. h. t. in den Fällen zur Anwendung, wo der Veräußerer vor der Klage der vindic. an sich unterlegen hätte. Vgl. StrA. 87 S. 176 unt. Nr. 254.

Von besondrer Bedeutung ist das neue Recht, §§ 4, 6, 7, 9, 10 des EigenthGes., für die Vertheidigung des Bekl. gegen die vindic. bei Immobilien geworden. Auch hier gilt zwar, was unt. Nr. 254a. über die Nomination gesagt; auch hier muß dem bekl. Besitzer der Nachweis offen stehn, daß die Präsumtion, welche die Eintragung des Klägers für sein Eigenthum giebt, nicht zutrifft, d. h. daß der Kläger entweder trotz der formalen Eintragung nicht Eigenthümer geworden, weil er trotz der Eintragung nicht hat Eigenthümer werden können und

der Mitverklagten dahin, daß das im Rezesse v. 9./10. Febr. 1872 generell als Nr. 18 K. bezeichnete Nachlaßgrundstück jenes besonders unter Nr. 21 verzeichnete mitumfaßt. Die ausdrücklich verweigerte Abgabe dieses Anerkenntnisses seitens der Mitverklagten bildet das rechtliche Hinderniß, welches diese dem Eigenthumsrechte der Kläger, insbesondere der förmlichen Eigenthumsübertragung an sie entgegensetzen und dessen Beseitigung, als nach dem feststehenden Thatbestande auf einem falschen Rechtsgrunde beruhend, die Kläger nach dem Gesagten zu beanspruchen berechtigt sind.

Gründe: b. Der App.-Richter erkennt an, daß auf dem Stamme stehende Hölzer als Theil des Grundstückes zu betrachten sind, und deshalb durch die Auflassung des Grundstückes ohne Weiteres in das Eigenthum des Erwerbers des letzteren übergehn. Er nimmt aber mit Recht an, daß derartige Hölzer sehr wohl Gegenstand besonderer Verträge und eines besonderen, von dem des Grundstückes getrennten Eigenthumes sein können, und sieht den zwischen der Wittwe Th. und dem Verklagten zum Zwecke des Abtriebes des Holzes geschlossenen Kaufvertrag als Kauf einer beweglichen Sache an. Die Nichtigkeitsbeschwerde ficht diese Auffassung selbst nicht an, will derselben aber keine Bedeutung beigelegt wissen, weil eine Uebergabe der Hölzer an den Verklagten nicht stattgefunden habe und dieselben zur Zeit des Erwerbes des Klägers noch Grundstückstheil gewesen seien.

Der festgestellte Mangel der Uebergabe hatte aber nur zur Folge, daß Verklagter nicht Eigenthümer der Hölzer geworden war, berührt aber sein durch den Kauf erworbenes persönliches Recht zur Sache nicht, vermöge dessen ihm das Recht auf den Eigenthumserwerb der Hölzer als an Bodenerzeugnissen durch Uebergabe zusteht. Dies Recht und nicht das ihm nicht zustehende Recht auf Auflassung macht der Verklagte geltend, und der Kläger kann

---

sollen, oder daß er die formale Eintragung gegen den Besitzer nicht geltend machen kann, weil dieser Eigenthümer geblieben, indem der eingetragene Eigenthümer ohne Entgelt oder mala fide erworben, §§ 9, 10 EigenthGes. Darauf, daß dem Besitzer, der selbst Eigenth. nicht behauptet, der Einwand zusteht, Kläger sei trotz der Eintragung nicht Eigenthümer geworden, beruht Erk. c. Dasselbe besagte in Wahrheit die Vertheidigung des Bekl. in dem Falle des Erk. b. Nr. 193a., Bd. 2 S. 33, insofern behauptet wurde, daß der Kläger die streitigen Parzellen weder hatte erwerben wollen noch sollen, die Auflassung des ganzen Grundstücks sich in Wahrheit nicht auf die Parzellen bezogen, nicht sowohl in Folge Irrthums der Erklärenden erfolgt, den nur die Erklärenden selbst beseitigen konnten, sondern in Folge Mißverständnisses der Erklärung durch den Grundbuchrichter. Die Klage des Besitzers in diesem Falle, Erk. a. Nr. 193a., konnte freilich nicht durchdringen, weil er nicht Eigenthümer geworden war, für die publiciana nicht genügt, daß der Beklagte eingetragen war. Vgl. Förster (Eccius) 3 § 178 Anm. 57; Dernburg 1 § 203 Anm. 5. Auf andrem Standpunkte steht anscheinend das unt. Nr. 193a., Bd. 2 S. 38 erwähnte RG. 2 S. 228, wenigstens nach der Begründung, denn das Ergebniß war zweifellos, da der Kläger jedenfalls durch den nachträglichen Verkauf der Parzelle Eigenthümer geworden war. In den Gründen heißt es, das Bucheigenthum könne nur durch Klage oder Einrede beseitigt, nur angefochten werden von dem, der selbst Eigenthümer, daher vindiziren, oder kondiziren oder mit der act. Pauliana auftreten könne. Es scheint aber kein ausreichender Grund dafür vorzuliegen, dem besitzenden Nichteigenthümer bei eignem Interesse den Nachweis abzuschneiden, daß der Kläger Nichteigenthümer, z. B. weil ihm nur zum Schein aufgelassen, um das Recht des Bekl. aus der Obligation des Auktors des Klägers abzuschneiden, oder daß ihm fälschlich vom Nichteigenthümer aufgelassen. Daß solcher Fall von dem Abs. 2 § 7 EigenthGes. betroffen wird, ist nicht anzunehmen, obwohl andrerseits in solchem Falle die Klage dem besitzenden Nichteigenthümer gegen den eingetragenen Nichteigenthümer und den nicht eingetragenen Eigenthümer, der es trotz der Scheinauflassung geblieben, zustehn muß. Ganz zweifellos und auch unbestritten ist dies in dem Fall, wo der nicht eingetragene besitzende Beklagte behauptet, trotz der Eintragung des Klägers Eigenthümer geworden oder geblieben zu sein, was aus verschiedenen Gründen möglich sein kann. Die Frage hängt zusammen mit der Bedeutung des Ausschlusses der exc. r. v. ac traditae in Abs. 2 § 7 EigenthGes. Dieselbe ist in Erk. c. und in dem Erk. StrA. 96 S. 84, Nr. 257, näher erörtert. Vgl. auch Erk. a. Nr. 193a., Bd. 2 S. 33, 35 und unt. Nr. 254a. u. Bd. 2 S. 18 unter Nr. 192. Durch die Versagung der exc. r. v. ac tr.

dasselbe nicht durch Berufung auf den § 4 des Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 beseitigen, weil derselbe die Kollision zwischen dem durch Auflassung erworbenen Rechte und einem älteren, auf Auflassung gerichteten Rechte betrifft.

Mit Recht weist der App.-Richter darauf hin, daß das Grundbuch über die vorhandenen Bestände von Erzeugnissen eines Grundstückes regelmäßig gar keine Auskunft giebt.

Bodenerzeugnisse gehören nicht zu denjenigen Bestandtheilen oder Zubehörstücken des Grundstückes, welche nach den §§ 5, 8 der Grundbuchordnung im Grundbuche ersichtlich gemacht werden, ihre Abschreibung vom Grundbuchblatte des Grundstückes ist daher ebenso unthunlich, wie die Eintragung eines vorläufigen Vermerkes über ihre Abveräußerung (§§ 60, 64 das.); der Käufer von solchen Erzeugnissen ist somit außer Stande, seinen Anspruch im Grundbuche erkennbar zu machen.

Diese Bestimmung des § 4 des Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc., wonach jede Kenntniß eines älteren Rechtes auf Auflassung dem Eigenthumserwerbe nicht entgegensteht, steht im Zusammenhange mit der durch den § 8 daselbst eröffneten Möglichkeit der Sicherstellung dieses Rechtes und hat die Versäumung dieser Sicherheitsmaßregel zur Voraussetzung. In Ermangelung dieser Voraussetzungen erscheint eine analoge Anwendung des § 4 a. a. O. nicht zulässig. Auf den § 91 der Einl. z. ALR. kann sich die Nichtigkeitsbeschwerde behufs dessen Anwendung nicht berufen, weil der Verklagte durch den Kaufvertrag das Recht auf den Erwerb der Hölzer als eines besonderen Eigenthumes erlangt hat, die Bezeichnung dieses Rechtes als eines geringeren im Verhältnisse zur Auflassung des Grundstückes, als des größeren mithin nicht anwendbar ist. Aus der Unanwendbarkeit des vorerwähnten

---

gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer (nur gegenüber diesem ist sie versagt) und die Verweisung des beklagten Besitzers auf Klage oder Widerklage ist für die vindic. der Immobilien in diesem Falle der im gem. u. Preuß. R. sonst geltende Satz aufgehoben, daß die vindic. durch die exc. beseitigt wird, daß der Kläger obligatorisch zur Eigenthumsübertragung verpflichtet, einen Satz, den das ObTr. in konstante Rechtsprechung bei Uebergabe eines Grundstücks zum Zweck der Eigenthumsübertragung auf Grund eines mündlichen Vertrages, der seinem Gegenstande nach schriftlich hätte errichtet werden müssen, festgehalten hat, ObTr. 34 S. 54, 61; 39 S. 43; 50 S. 86; StrA. 74 S. 122, Nr. 90, 91, Bd. 1 S. 376, 380; Erk. a. Nr. 181, Bd. 1 S. 1029, und den es in StrA. 97 S. 124 unt. Nr. 192, Bd. 2 S. 18 in derselben Weise auch bei Veräußerung und Uebergabe seitens des vor 1872 eingetragenen Eigenthümers nach 1872 angewendet hat. Solche obligatorische Verpflichtung beseitigt die vindic. nur, wenn auf Grund derselben die nach § 7 Abs. 2 zu erhebende Klage oder Widerklage durchdringt. Gegen den Singularsuccessor des Auktors des Bekl., der sie geltend macht, wirkt sie nach § 7 des EigenthGes., durch den § 25 I 10 für Immobilien beseitigt, vgl. Bd. 2 S. 17, regelmäßig nicht. Wie sie durch Eintragung einer Vormerkung, welcher der vorläufige Vermerk nach § 64 GrundbO. gleichsteht, wirksam gemacht werden kann, darüber vgl. unt. Nr. 193b. RG. 7 S. 177, 249. Ueber das Erk. b., in welchem die Anwendung des § 4 da versagt wird, wo das durch Auflassung erworbene Eigenthum mit dem Titel auf Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen kollidirt, vgl. unt. Nr. 193a., Bd. 2 S. 33, 34. Aus dem Erk. b. folgt nothwendig, daß auch das Recht aus dem mit dem Vorbesitzer des Klägers abgeschlossenen Miethsvertrage gegen den eingetr. Eigenthümer, der es kennt, geltend zu machen. Vgl. Förster (Eccius) 2 § 136_{14}; Dernburg 1 § 185.

Außer der exc. r. v. ac tr. ist aber auch nur, und zwar ebenfalls nur dem eingetragenen Eigenthümer gegenüber, der Einwand der Verjährung und der Ersitzung abgeschnitten, §§ 6, 7 Abs. 2. Damit wurde der Weiterlauf der am 1. Okt. 1872 noch nicht vollendeten Verj. und Ersitzung beseitigt. Wie weit die vor dem 1. Okt. 1872 vollendete Verj. und Ers. wirkt, darüber vgl. unter Nr. 192, Bd. 2 S. 11, 12, 13, 15; Erk. c. das. S. 16, Erk. d. S. 18.

Alle andren Einreden sind auch gegen die vind. bei Immobilien zulässig, namentlich also die Einrede, daß man auf Grund eines persönl. oder dingl. Rechts zu retiniren befugt, trotz des Eigenthums des Klägers zur Herausgabe nicht verpflichtet, vgl. Förster (Eccius) 3 § 180_{71}; 2 § 136_{14}; Dernburg 1 § 185, und überhaupt alle Einreden, wie gegen jede vindic., wenn der vindicirende Kläger nicht der eingetragene Eigenthümer ist.

§ 4 ergiebt sich von selbst, daß die Entscheidungsquelle für die vorliegende Kollision in den Vorschriften des älteren Rechtes, insbesondere in dem § 25 I 10 ALR. zu suchen ist, indem derselbe seine Geltung durch den vorangezogenen § 4 nur insoweit verloren hat, als der Wirkungskreis des letzteren reicht.

Der App.=Richter nimmt somit mit Recht an, daß der Kläger von seinem durch die Auflassung und Eintragung erlangten Rechte, dem Verklagten gegenüber, keinen Gebrauch machen kann, da Kläger, wie er unangefochten feststellt, zur Zeit seines Erwerbes den früher entstandenen Anspruch des Verklagten gekannt hat. Die Rechtsansicht des App.=Richters verletzt die in der Nichtigkeitsbeschwerde angezogenen Gesetzesvorschriften nicht, und es kann daher dahin gestellt bleiben, ob der für dieselbe angezogene § 5 I 19 ALR., nach der Beschaffenheit des Anspruches des Verklagten, die zutreffende Vorschrift enthält.

Damit erledigt sich auch die eventuelle Rüge der Nichtanwendung des § 12 des Ges. v. 5. Mai 1872, welche darauf gestützt ist, daß derselbe an die Stelle der gedachten landrechtlichen Bestimmung getreten sei.

Gründe: c. Der App.=Richter hat angenommen, daß der Kläger als im Grundbuche eingetragener Eigenthümer zwar befugt sei, auf Räumung des angeblich zu seinem Grundstücke gehörigen Hinterhauses zu klagen, daß aber den Verklagten der Einwand zustehe, dieses Gebäude sei nicht Gegenstand des Zuschlages gewesen, auf Grund dessen die Eintragung des Klägers erfolgt ist. Der Vorwurf, hierdurch seien die §§ 7, 9 Ges. v. 5. Mai 1872 verletzt, weil der Inhalt des Grundbuches nur durch eine formelle Entscheidung berichtigt werden könne und diese nur im Wege der Klage herbeizuführen sei, ist nicht begründet.

Der § 7 erklärt den eingetragenen Eigenthümer kraft seiner Eintragung für befugt, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben, und bestimmt im Abs. 2, daß gegen die Eigenthumsklage des eingetragenen Eigenthümers dem Verklagten die Einrede der Verjährung nicht zustehe, und daß, wenn der Verklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes den Besitz des Grundstückes erhalten, die aus dem Rechtsgeschäfte herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen seien. Es sind also hier nur zwei Einreden ausgeschlossen, einmal die der Klageverjährung (denn die Unstatthaftigkeit der Ersitzung spricht schon der § 6 a. a. O. aus), und dann der Einwand, daß der Verklagte den Besitz des Grundstückes auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger erhalten habe, die exceptio rei venditae et traditae. Andere Einreden des Verklagten werden nicht erwähnt und es ist um so weniger Grund, sie ebenfalls für nicht statthaft zu erachten, als nach dem § 9 a. a. O. die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes angefochten werden

---

Für die Restitution an den mit der vindic. durchdringenden Eigenthümer, die Gegenansprüche des Besitzers, die Einlösungspflicht gegenüber dem redl. Besitzer gilt das unt. Nr. 254b., 255 Erörterte. Redlicher Besitz des Beklagten besteht namentlich da, wo er gutgläubig von dem fälschlich eingetragenen Nichteigenthümer unentgeltlich oder entgeltlich von dem erworben, der sich als den eingetr. Eigenthümer fälschlich ausgegeben, und wenn er auf Grund dieses Erwerbs die Eintragung erlangt hat. Hat der Besitzer von dem nicht eingetragenen Nichteigenthümer erworben, so kann er dem eingetragenen Eigenthümer gegenüber die Rechte des redl. Besitzers nicht geltend machen, da er wissen muß, daß er nur von dem eingetragenen Eigenthümer durch Auflassung erwerben kann, mithin unrechtfertiger Besitzer im Sinne § 14 I 7 ist. So lag RG. 2 S. 308 unter Nr. 193a., Bd. 2 S. 33. Unredlich ist der Besitzer namentlich, wenn er von dem eingetragenen Nichteigenthümer mit Wissen von dessen Nichteigenthum erworben, Erk. d. Nr. 192. Verschieden beantwortet wird die Frage, ob der Besitzer, der von dem eingetragenen oder nicht eingetragenen Eigenthümer das eingetragene Grundstück zum Zweck der Eigenthumsübertr. ohne Auflassung übergeben erhalten hat, seinem Tradenten gegenüber als redl. oder unredl. Besitzer gilt, Stobbe 2 § $95_{29b.}$; Dernburg 1 § 243, § 149_{15}; Förster (Eccius) 3 § 180_{82}. In RG. 2 S. 308 wird in

können, nach allgemeinen Grundsätzen aber jedes Recht, welches im Wege der Klage durch Anrufung des Richters verfolgt werden kann, ebenso auch als Einrede den Schutz des Richters gegen einen damit nicht vereinbaren Anspruch finden muß.

Es kann daher auch nicht ins Gewicht fallen, wenn in dem letzten Abs. des § 9 gesagt ist: gegen den Nachtheil, daß die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches erworbenen Rechte in Kraft bleiben, könne der Anfechtungskläger durch die von dem Prozeßrichter nachzusuchende Eintragung einer Vormerkung sich sichern. Es ist hier nur der Ausdruck von der weitreichendsten Befugniß, das Anfechtungsrecht durch Klage geltend zu machen, hergenommen, ohne dieses im Allgemeinen und beim Mangel besonderer Vorschriften darin enthaltene Recht, einen Einwand darauf zu gründen, ausdrücklich auszuschließen.

Daß dies im zweiten Abs. des § 7 rücksichtlich des Einwandes geschehen, daß Verklagter den Besitz des Grundstückes auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes vom Kläger oder seinem Rechtsvorgänger erhalten, hat seinen besonderen Grund. Es sollte damit verhütet werden, daß ein auf Titel und Uebergabe beruhendes Eigenthumsrecht neben dem eingetragenen sich bilde, und ein mittelbarer Zwang zu sofortiger Bewirkung der Auflassung und Eintragung eintreten. (Willenbücher, Grundbuchr. S. 26 zu § 7 EigenthGes.; Förster, Grundbuchr. S. 183 ff.; Achilles, 2. Ausg. Anm. 14 zum § 7; Bahlmann, Grundbuchr. Anm. 48a. zum § 7.) Diese besonderen Gründe walten bei anderen Einwendungen nicht ob; es ist daher die allgemeine Behauptung der Nichtigkeitsbeschwerde, daß „der Inhalt des Grundbuches durch eine formelle Entscheidung im Wege der Klage rektifizirt werden“ müsse, um so weniger als richtig anzuerkennen, als selbst die Vorschrift, daß das Recht nur durch Klage oder Widerklage geltend gemacht werden könne, noch nicht bedingt, daß der Antrag der Klage oder Widerklage grade auf Verurtheilung zur Auflassung gerichtet sein müsse.

Auch unter den Schriftstellern herrscht Einverständniß darüber, daß jede andere Einrede, als die beiden im zweiten Abs. des § 7 ausdrücklich ausgeschlossenen, gegen die Klage des eingetragenen Eigenthümers zulässig ist. (Vgl. Willenbücher a. a. O. S. 26; Achilles a. a. O. Anm. 11 zum § 7 S. 43; Bahlmann a. a. O. Anm. 48b. S. 42.)

---

den Gründen ausgeführt, daß nachdem Auflassung zum Eigenthumserwerb erforderlich, der bloße Besitz nie mehr die Bedeutung redlichen Besitzes habe. Danach wäre unredl. Besitzer auch der Käufer eines Grundstücks, wenn vertragsmäßig stipulirt, daß Uebergabe und Zahlung vor der Aufl. zu erfolgen. Nach dem unt. Nr. 255 Mitgetheilten hat das ObTr. nach früherem R. Besitz auf Grund nichtigen Vertrages und auf Grund beabsichtigten, aber nicht zu Stande gekommenen Vertrages als unrechtf. Besitz erachtet. Dort ist bereits auf die §§ 259, 260 I 11 hingewiesen, wonach das LR. selbst bei Uebergabe auf Grund suspensiv bedingten Kaufvertrages keineswegs die Pflichten des unredl. Besitzers eintreten läßt. Danach und nach dem unberührt gebliebenen § 163 I 5 kann nicht behauptet werden, daß im Sinne des LR. der Besitzer unredlich, der tradirt erhalten hat, ohne aus dieser Tradition den Anspr. auf Auflassung wegen mangelnder Form des Geschäfts geltend machen zu können. Darauf beruht das mehrerwähnte, in seinen Konsequenzen freilich zu weit gehende StrA. 97 S. 124 unt. Nr. 192, Bd. 2 S. 18. Vgl. das. S. 20 u. unter Nr. 193, Bd. 2 S. 32. Macht der Besitzer seine Rechte aus dem förmlich geschlossenen Vertrage, aus dem er auf Aufl. klagen könnte, gegen die Klage auf Rückgabe nicht geltend, so wird man allerdings annehmen müssen, daß auch er zurückgetreten und beiderseits restituirt werden soll.

Nr. 257. §§ 1, 3, 4; I 7 §§ 181, 182; 8 § 23; 19 §§ 10, 14. EigenthGes. v. 5. Mai 1872 § 7; AGO. I 32 §§ 1, 2. Die actio negatoria, Eigenthumsfreiheitsklage.*)

a. Erk. v. 27. Febr. 1872; StrA. 84 S. 244.
b. Erk. v. 19. Juni 1874; ObTr. 72 S. 273.
c. Erk. v. 6. Okt. 1847; ObTr. 15 S. 447.
d. Erk. v. 30. Okt. 1873; ObTr. 71 S. 98.
e. Erk. v. 12. Mai 1876; StrA. 96 S. 84.

Im Falle a. hatten die Beklagten bei Umwandlung ihrer Wiesen in Flösswiesen *und zum Zweck dieser Arbeit* ein Stauwerk in dem Privatfluss angelegt, an welchem auch die Wiesen des Klägers lagen, und durch die Stauanlage eine zeitweilige Ueberschwemmung der Wiesen des Klägers verursacht. Erst nach Beendigung der Arbeit, Fortnahme des Stauwerks und Beseitigung des Rückstaus wurde negatorisch wegen Eingriffs in das Eigenthum geklagt. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle b. hatte die Stadtgemeinde M. der verklagten Eisenbahngesellschaft durch Vertrag v. 14. Febr. 1851 das Recht eingeräumt, eine derselben auferlegte Verbindungsbahn auf dem Grund und Boden der Stadt und deren Strassen anzulegen und mit gewissen Beschränkungen im Interesse des Verkehrs auf diesen Strassen zu benutzen. Als diese Einschränkungen nicht innegehalten wurden, klagte die Stadtgemeinde negatorisch auf Einstellung dieses Betriebs bei Strafe. Die Beklagte wendete Unzulässigkeit der Klage ein, weil der Betrieb auf der Verbindungsbahn durch das Bahnpolizeireglement und die vorgesetzte Verwaltungsbehörde angeordnet und genehmigt sei. Die Klage ist in allen Instanzen durchgedrungen. — Im Falle c. hatte der Beklagte gegen die Klage auf Zahlung eines Laudems die Laudemialpflichtigkeit bestritten, geltend gemacht, dass die in früherer Zeit durch Vertrag zwischen dem Vorbesitzer und der klagenden Gutsherrschaft stipulirten Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Prozentsatzes vom Kaufgelde bei Verkäufen durch die spätre Gesetzgebung fortgefallen sei und widerklagend Feststellung der Nichtberechtigung zu Besitzveränderungsabgaben beantragt. Die Klage wurde darauf zurückgenommen, die Widerklage aber abgewiesen, *weil aus derselben der Mangel des Rechts des Klägers nicht folge.* Das ObTr. hat vernichtet und verurtheilt. — Im Falle d. klagte der Eigenthümer eines Schulzenguts gegen einen Kutscher der fürstlich B.'schen Domänenkammer, weil derselbe über einen Plan des Guts gefahren. Der Beklagte wendete ein, dass er im Dienste und Auftrag der Domänenkammer gefahren, die ihrerseits den Eintritt in den Prozess erklärte und Ersitzung des Wegerechts behauptete, während der Kläger sich nicht für verpflichtet hielt, sich auf den Prozess mit der Kammer einzulassen und den Beklagten zu entlassen. Die Klage ist in 2. u. 3. Instanz abgewiesen. — Im Falle e. war der Kläger auf Grund Auflassung des Br. als Eigenthümer von Nr. 325 von H. eingetragen und klagte negatorisch, als B. auf einer dazu gehörigen Parzelle Holz fällte. Der Beklagte exzipirte, dass Kläger in Wahrheit Eigenthümer von Nr. 324, Nr. 325 ihm nur irrthümlich von Br. aufgelassen, dass Beklagter selbst Eigenthümer von Nr. 325 oder doch das Recht zum Holzschlag vor 1872 ersessen habe. Der 2. Richter wies lediglich ab, weil die Auflassung irrthümlich erfolgt. Das ObTr. hat vernichtet.

---

*) Stobbe 2 § 96 III; Windscheid 1 § 198; Dernburg, Pand. 1 § 256; Preuß. Privatr. 1 § 250; Förster (Eccius) 3 § 181. — Unter Nr. 252 ist darauf hingewiesen, daß die §§ 1, 3 h. t. und die §§ 137 ff. I 2 im Prinzip die vindic., neg. u. confessoria enthalten, daß die Grenzen dieser drei im röm. R. sehr genau geschiedenen Rechts-

Gründe: a. Das Eigenthumsrecht wird bekanntlich in dem ALR. als die Befugniß bezeichnet, über die Substanz einer Sache und eines Rechts mit Ausschließung Andrer aus eigener Macht durch sich selbst oder durch einen Dritten zu verfügen, § 1 I 8. Ob diese Definition korrekt und erschöpfend ist, mag dahingestellt bleiben. Gewiß ist, daß zum Eigenthum das Recht des Eigenthümers gehört, innerhalb der gesetzlichen Schranken die seinem Eigenthum unterworfene Sache mit Ausschließung Anderer zu besitzen, zu gebrauchen und sich derselben zu begeben, §§ 9, 13, 25—32 I 8. Zum Schutz der einzelnen in dem Eigenthumsrecht enthaltenen Befugnisse stehen dem Eigenthümer gewisse Klagen zu, welche entweder den Verlust des Besitzes, oder ohne diesen Verlust eine Verletzung der Eigenthumsrechte seitens eines Dritten zur Voraussetzung haben. Zu den letzteren gehört die das Eigenthum (und den vollständigen Besitz) schützende negatorische Klage, d. h. eine Klage, durch welche verneint wird, daß dem Dritten das Recht zusteht, den von ihm geschehenen Eingriff in die Eigenthumsrechte des Klägers zu unternehmen. Bei der Negatorienklage ist dem Gegenstande nach eine unbewegliche Sache im Sinne des Gesetzes, oder ein Recht, bei welchem die Befugniß zur Ausübung mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden ist, §§ 8, 9 I 2 ALR., die Voraussetzung. Hier handelt es sich um ein Rittergut und das mit demselben nach dem Ges. v. 28. Febr. 1843 über die Benutzung von Privatflüssen verbundene Recht zur Benutzung eines Privatflusses. Auch ist kein Streit darüber, daß in dem vorliegenden Falle das dem Kläger zustehende Recht an sich zur Anstellung einer Negatorienklage berechtigen würde. Der App.-Richter erkennt auch an, daß die Verklagten bei Umwandlung ihrer Wiese in eine Flößwiese gewisse Handlungen vorgenommen haben, welche das Recht des Klägers verletzten. Er bestreitet aber, daß diese Rechtsverletzung eine solche war, welche den Antrag des Klägers, die Anstellung der Negatorienklage, rechtfertigen konnte.

Was nun zunächst das Thatsächliche betrifft, so hat der Implorant prozessualische Angriffe überhaupt nicht erhoben. Es muß also bei der Beurtheilung des Rechtspunkts dasjenige zu Grunde gelegt werden, was in der von dem zweiten Richter bezogenen Darstellung des Sachverhalts und in dem App.-Erkenntniß an thatsächlichen Anführungen enthalten ist. Darüber hinaus darf sich die Beurtheilung nicht erstrecken. Ebenso ist der Inhalt der Beweismittel und die Beurtheilung des Ergebnisses nicht nach den Festsetzungen des ersten, sondern nach den Feststellungen

---

mittel im LR. verwischt, aber doch vorhanden und praktisch bedeutsam. Eine direkte Anerkennung der neg. wird in AGO. I 32 § 2 gefunden, der aber die quasinegatorische Klage wegen eines persönlichen Anspruchs mitumfaßt, voraussetzt, daß das Nichtbestehn des erhobenen Anspruchs dargethan wird, und durch § 231 CPO. ersetzt ist. Vgl. OHG. 9 S. 87; 23 S. 334. Die Grundlage der neg. bleiben daher §§ 1, 3 h. t. in Verbindung mit dem Grundsatze der präsumtiven Freiheit des Eigenthums in I 7 §§ 181, 182; 8 § 23; 19 § 14. Eigenthumsverfolgungsklage ist auch die neg. im Preuß. R., nur daß sie, wie im röm. u. gem. R., den der vindic. gegenüber beschränkteren Zweck hat, nicht das Objekt des Eigenth. dem Eigenthümer wiederzuverschaffen, sondern Eingriffe in das Eigenthum abzuwehren; sie verlangt nicht Restitution der Sache, sondern Schutz der Sache. Nach § 3 h. t. ist auch die confessoria als negatorische Klage denkbar; der Unterschied zwischen dieser und ihrer positiven petitorischen Funktion hat aber keine Bedeutung, weil der Gegenstand der conf. immer nur das Recht (nebensächlich möglicherweise eine Sache) ist, von Restitution des Rechts nicht füglich geredet werden kann. Ueber die confessoria vgl. zu I 19.

Für Eingriffe in das Eigenth. mit Besitzverlust gewährt die vindic. Schutz; bei Eingriff ohne Besitzverlust, — und solcher ist nur bei unbewegl. Sachen denkbar, — findet die neg. Platz, nach ALR. aber, wie schon nach der gemeinrechtlichen Praxis in weitrem Umfange, als im Röm. R., wo die neg. lediglich zur Abwehr von Eingriffen in der Gestalt der Servitutausübung, d. h. wo sich der Eingriff als Inhalt einer Servitut auffassen ließ, diente. Dies wird jetzt nicht mehr gefordert. Der Eingriff kann in der Form der Ausübung eines Rechts erscheinen, es ist aber nicht erforderlich, daß ein solches Recht prätendirt wird; es genügt ein thatsächlicher Eingriff, der objektiv etwas vornimmt, was nur der Eigenthümer in suo vornehmen kann, oder eine Unterlassung bez. Handlung forbert, die in der mera facultas des Eigenthümers liegt, oder einen Zustand schafft oder erhält, den der Eigenthümer zu dulden

des zweiten Richters zu bemessen. Worin die Rechtsverletzung, welche die Negatorienklage begründet, bestehen muß, ist streitig unter den Rechtslehrern. Zunächst aber kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß die verletzende Handlung in einem solchen thatsächlichen Eingriff bestehen muß, vermöge dessen der Eigenthümer als solcher etwas dulden, nicht thun oder leisten muß, wozu ihn das Gemeine Recht nicht verpflichtet. Der Eingriff muß eine wesentliche Beziehung auf die Sache selbst oder das Recht selbst haben. Sodann aber ist streitig, ob der thatsächliche Eingriff in das Recht des Eigenthümers allein genügt, oder ob der Verklagte außerdem ein Recht zu dem unternommenen Eingriff behauptet haben muß. Die Beantwortung dieser Frage macht ein näheres Eingehen in die Natur der Klagen erforderlich. Der Regel nach setzt eine jede Klage eine Rechtsverletzung voraus. Der Klageantrag muß der Rechtsverletzung entsprechen; der Antrag kann nicht auf ein Anderes und nicht auf ein Weiteres gerichtet sein, als was sich aus der Rechtsverletzung ergiebt. (Es bedarf keiner Bemerkung, daß dieser Satz auch bei Klagen auf Schadensersatz seine volle Anwendung findet.) Wendet man diese allgemeinen Sätze auf die Negatorienklage an, so enthält ein absichtlich unternommener Eingriff in das Eigenthumsrecht des Klägers allein eine solche Rechtsverletzung, welche den Verklagten verpflichtet, das unbeschränkte Recht des Eigenthümers als rechtlich bestehend anzuerkennen; die Behauptung, daß Verklagter bei seinem Eingriff ein Recht dazu prätendirt habe, ist nicht erforderlich. Daneben aber besteht die Voraussetzung, daß der Eingriff eine dauernde Grundlage habe; zufällige vorübergehende Behelligungen, wie sich der App.-Richter mit Förster (Theorie und Praxis Bd. 3 S. 247 zweite Aufl.) ausdrückt, rechtfertigen nicht die negatorische Klage, sondern erzeugen nur eine Klage auf Schadensersatz und Beseitigung des Uebelstandes. Vergleicht man mit dieser Doktrin die Argumentation des zweiten Richters, so kann man einen Rechtsirrthum desselben in erheblichem Umfang nicht anerkennen. Die Feststellungen des zweiten Richters gehen dahin, daß es sich in diesem Falle nicht um eine absichtlich unternommene, sondern um eine zufällige und vorübergehende Behelligung des Klägers handelt. Der Richter sagt: „der Antrag des Klägers ist darauf gerichtet, daß die Verklagten verurtheilt werden sollen, anzuerkennen, daß sie den Mühlenbach zur

---

rechtlich nicht verbunden ist. Die Praxis wendet die neg. deshalb z. B. zur Abwehr gegen Immissionen in dem unt. Nr. 147, Bd. 1 S. 736 behandelten Sinne an; dahin würde an sich auch der Fall des Erk. a., Rückstau, als unmittelbarer Eingriff in das Eigenthum gehören. Ein andres Beispiel giebt noch RG. 12 S. 173 (gem. R., neg. gegen einen Bienenhalter zur Abwehr von Bienenschwärmen). Auch die Klage zur Durchsetzung der aus dem Nachbarrecht folgenden Beschränkungen des Eigenthums kann als neg. aufgefaßt werden und ist solche in vielen Fällen; in anderen hat sie eher die Natur der confessoria; abhängig ist die Auffassung wesentlich davon, ob das der Beschränkung des einen korrespondirende Recht des andren als immanenter Bestandtheil seines Eigenthums oder als ein besonderes Recht neben demselben aufgefaßt wird. Vgl. darüber die zum Theil abweichenden Erk. des ObTr. Nr. 149, Bd. 1 S. 753, 754, 755; Erk. b. Nr. 156b., Bd. 1 S. 799; Erk. a. Nr. 166, Bd. 1 S. 876; StrA. 95 S. 26 zu § 138 I 8, Bd. 1 S. 730, 731; ObTr. 76 S. 108 (StrA. 94 S. 199) unter Nr. 155, Bd. 1 S. 784, 789.

Die Praxis hat auch die Klage auf Befreiung des Eigenthums von einer Reallast oder Hypothek als neg. aufgefaßt, die auf Löschung einer Hyp. als dingliche und als solche im for. rei sitae anzustellenden Eigenthumsklage namentlich dann, wenn die formelle Gültigkeit der Hypothekbestellung, die Gültigkeit der eingetragenen Forderung nicht von dem, der die Eintragung bewilligt, sondern von dem Nachfolger im Eigenthum des belasteten Grundstücks angefochten wird. In StrA. 11 S. 73 hatte A. für seine Ehefrau ein Kapital als Illaten eintragen lassen, Verzinsung und Rückzahlung nach Kündigung versprochen, sobald die Ehe getrennt oder die Ehefrau über die Hypothek verfügt. Nachdem A. an B. verkauft, B. dabei die Hyp. der Frau nicht in p. pr. übernommen, klagte die Ehefrau A. gegen ihn auf Zahlung, wogegen B. einwendete, daß die Hyp. ungültig, weil die Ehefrau nichts inferirt. In StrA. 24 S. 204 klagte der Grundstückseigenthümer in gleicher Weise auf Löschung einer

Beflößung ihrer Wiese nur unter den Einschränkungen des § 13 des Ges. v. 28. Febr. 1843 benutzen dürfen." Nach der thatsächlichen Annahme entspricht die gegenwärtig vollendete Einrichtung der Flößwiese diesem gesetzlichen Erforderniß. Allerdings ergab sich bei der Einrichtung der Wiese am 6. April 1868, daß die getroffenen Anstalten nicht genügten; das Wasser aus den Flößgräben trat aus verschiedenen Ursachen auch auf die Wiese des Klägers. Die bei dieser Probeflößung hervorgetretenen Uebelstände wurden beseitigt.

Es ist unerwiesen geblieben, daß das aus dem Bach ausgetretene Wasser in denselben nicht wieder zurücktreten könne, vielmehr einen Rückstau auf die Wiesen des Klägers ausübe und dieselben versumpfe. Nach den getroffenen Aenderungen ergab sich bei der im August 1868 vorgenommenen zweiten Probeflößung zwar, daß noch ein Theil des aus dem Bach abgeleiteten Wassers über die benachbarten Grundstücke abfloß; allein nach Vollendung des Baues war auch dieser Uebelstand beseitigt. Die Verklagten beanspruchen in diesem Prozesse nicht das Recht, ihre Wiese anders zu flößen, als unter den Einschränkungen des § 13 des Ges. v. 28. Febr. 1843. Die zur Zeit der Klageanstellung noch nicht vollendete Anlage allein ließ nicht voraussetzen, daß ihr damaliger Zustand auf die Dauer berechnet war. Eine diese Annahme begründende Erklärung der Verklagten lag nicht vor, und aus den begleitenden Umständen, welche der App.-Richter näher angiebt, ließ sich eine solche nicht erkennen. Wenn der App.-Richter dieses Sachverhältniß auf die von ihm entwickelte Rechtstheorie anwendet, so ist die Beschuldigung, daß er in Rechtsirrthum verfallen sei, in erheblichem Maße nicht gerechtfertigt. Der Richter sagt in seiner Argumentation: Kläger beansprucht, wie erwähnt, ein Erkenntniß darüber, daß den Verklagten ein gewisses Recht nicht zustehe. Letztere müssen also entweder dieses Rechtes sich berühmt (§ 2 I 32 AGO.) oder einen Eingriff in die Rechtsphäre des Klägers vorgenommen haben, welcher nach den begleitenden Umständen die Annahme begründet, daß die Verklagten hierzu eine Berechtigung zu haben vermeinten.

Zur Negatorienklage genügt allerdings ein einmaliger Eingriff, aber nicht jede vorübergehende Behelligung; die störende Handlung muß eine stetige Wiederkehr voraussetzen lassen, es muß eine dauernde Ursache vorhanden sein.

In seinen Feststellungen verneint der Richter aber die Absicht der Verklagten und zugleich das Vorhandensein eines dauernden Eingriffs in die Rechte des Klägers.

Hyp., die im Wege der Exekution, aber unzulässig nach Ablauf der Exekutionsfrist des früheren Prozeßrechts gegen den Besitzvorgänger des Klägers eingetragen war, ohne daß der Kläger sie beim Erwerb übernommen hatte. In beiden Fällen ist die Legitimation des Klägers aus seinem Eigenthum, der Belastung desselben durch die Hyp. und der Natur der Klage als neg. entnommen, der Angriff gegen den Bestand der Hyp. nicht als eine exc. de jure tertii erachtet, weil der Einwand eben auf dem Eigenthum, nicht auf einem obligator. Rechtsverhältniß beruhte.

Keine neg. lag vor in StrA. 25 S. 138. A. hatte an die Eisenbahngesellschaft B. eine Wiesenparzelle verkauft, auf der C. ein Hütungsrecht prätendirte. Die Eisenbahngesellschaft zahlte einen Theil des Kaufgeldes an C. für die Aufgabe des Hütungsrechts und A. klagte nun gegen C. auf Herauszahlung, weil dem C. das Recht nicht zustehe. Der 2. Richter ließ die Klage zu, weil sie eine neg., bei der das Kaufgeld als an Stelle der Wiese, der an C. gezahlte Theil desselben als an Stelle des Hütungsrechts getreten zu denken. Dies war offenbar verkehrt, weil C. in das Recht des Klägers, der nicht mehr Eigenthümer der Wiese, nicht eingegriffen hatte, die Ablösung des Hütungsrechts durch die Zahlung seitens der Gesellschaft ihr Recht war, der Anspruch des Klägers auf das Kaufgeld dadurch nicht berührt wurde, was an C. gezahlt, nicht das Kaufgeld war, welches der Kläger zu fordern hatte, die Klage deshalb nicht einmal aus dem Gesichtspunkt der Erhebung fremder Forderung zu rechtfertigen war. Das ObTr. hat deshalb vernichtet und die Klage abgewiesen.

Klagegrund der neg. ist das Eigenthum (oder Miteigenthum, ObTr. 58 S. 183) und seine Verletzung durch den Eingriff; beides hat der Kläger zu beweisen, das Eigenthum auch da, wo der Bekl. selbst Eigenthum behauptet, OHG. 18 S. 53, 57. Wie bei der vindic. ist das Objekt, dessen Freiheit behauptet, unterscheidbar zu bezeichnen. Für den eingetragenen Eigenthümer giebt nach § 7 des EigenthGes. die Eintragung den Beweis des Eigenthums

Mag auch, nach der obigen Auseinandersetzung, die Richtigkeit des ersten Satzes in der Argumentation des App.-Richters in Zweifel gezogen werden können, so ist dies doch nicht in Ansehung des zweiten, dessen thatsächliche Grundlage festgestellt ist, der Fall. Dieser Grund aber stützt die zweite Entscheidung. Der Vorwurf des Imploranten, nach welchem der zweite Richter den wesentlichen Charakter einer Negatorienklage verkannt haben soll, ist daher bei den thatsächlichen Feststellungen des App.-Richters nicht begründet, und in Bezug auf diese prozessualisch nicht angegriffenen Festsetzungen auch die Anschuldigung einer Verletzung der §§ 1, 2 I 23 AGO., § 1 der Einl. dazu, sowie des § 13 des Ges. v. 28. Febr. 1843 abzulehnen.

Gründe: b. Die Entscheidung des App.-Richters ruht auf der thatsächlichen Feststellung, daß der Grund und Boden, über welchen die Verbindungsbahn führt, städtisches Eigenthum, daß der Verklagten, zum Zwecke der Anlegung dieser Bahn, ein Benutzungsrecht an dem Grunde und Boden eingeräumt, dieses aber, im Interesse des Straßen- und Packhofsverkehres, in Betreff des Bahnbetriebes durch Feststellung der Gegenstände und Zeiten der Beförderung in bestimmte Schranken eingeschlossen ist, welche die Verklagte in neuerer Zeit nach beiden Seiten hin überschritten hat und zwar auf Grund eines den Betrieb regelnden, von dem Handels-Ministerium erlassenen Bahnpolizei-Reglements, beziehungsweise nach einem von derselben Behörde genehmigten Fahrplane. Nach diesem Thatbestande muß mit den Instanzrichtern die von der Verklagten erhobene und zur besonderen Verhandlung gestellte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges verworfen werden.

Der als verletzt bezeichnete § 36 des Eisenbahn-Gesetzes hat bereits in dem Erk. ObTr. 31 S. 109 eine ausführliche Erklärung gefunden, auf welche der Kürze wegen hier zurückgewiesen werden kann. Derselbe regelt das Verhältniß der Eisenbahn-Gesellschaften zum Staate, insbesondere zu der auf das Handels-Ministerium inzwischen übergegangenen Postverwaltung, und räumt, wie auch die §§ 1. 6, 21, 23, 27, 31, 32, 34 des Gesetzes nach anderen Richtungen, dem Handels-Ministerium eine durchgreifende Einwirkung auf den Verkehr der Eisenbahnen, namentlich auf die Feststellung der Fahrpläne zum allgemeinen Besten ein. Diese Befugniß ist ein wesentlicher Bestandtheil des Aufsichtsrechtes, welches der Staat vermöge des Hoheitsrechtes über die Eisenbahnen als öffentliche Verkehrsanstalten ausübt. Gegen Anordnungen der Verwaltungsbehörden innerhalb ihrer Kompetenz ist der Rechtsweg in der Regel nicht zulässig. Deshalb hat der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte durch die Erk. v. 22. Mai und 30. Okt. 1852 (JMBl. 1852 S. 243 u. 410) die Klagen von Eisenbahn-Gesellschaften, denen die Einrichtung bestimmter Züge von dem Handels-Ministerium, unter Androhung von Geldstrafen

---

auch für die neg. Erk. e. Daß der Kläger außer seinem Eigenthum und der Thatsache des Eingriffs, der beseitigt werden soll, nichts andres zu beweisen hat, namentlich nicht die Nichtexistenz des Rechts, welches der Eingreifende in Anspruch nimmt, ist nach I 7 §§ 181, 182, 183; 8 § 23; 19 § 14 für das Preuß. R. nicht bedenklich, obwohl auch hier wie im gem. R. Streit bestanden hat, — Erk. c.; vgl. unt. Nr. 146, Bd. 1 S. 730, 731, — der jetzt aber als beendet gelten kann. In StrA. 15 S. 332 war A. Eigenthümer eines Sees und klagte gegen den Fischereiberechtigten B. negatorisch, weil dieser sich Geräthschaften bei dem Fischen bediente, zu deren Benutzung A. ihn nicht für berechtigt hielt. Der 2. Richter wies ab, weil A., da er die Existenz des Fischereirechts zugestanden, zu beweisen habe, daß B. es überschritten. Nach §§ 14, 15, 17 I 19; § 181 I 7 war dies unrichtig; danach hatte der Kläger den Umfang seines Rechts zu beweisen, soweit er bestritten. Den Beweis der Nichtexistenz des Rechts auf Seiten des Bekl. kann der Kläger indessen da zu führen gezwungen sein, wo dasselbe eingetragen.

Für den Beweis des Eingriffs genügt regelmäßig der Beweis der Thatsache des objektiven Eingriffs oder der Inanspruchnahme eines das freie Eigenthum beschränkenden Rechts; letztre ist nach § 2 I 32 AGO. zur Begründung der neg. für genügend zu erachten, ebenso wie z. B. eine Denuntiation, welche den Eigenthümer zur Klage zwingt, § 1 Ges. v. 31. Jan. 1845, Art. 2 Ges. v. 14. April 1856; StPO. § 261; CPO. § 231. Unter Umständen kann aber dem objektiven Eingriff der Charakter der Verletzung des Eigenthums ebenso fehlen,

ohne Erfolg aufgegeben war, gegen die verhängte Beitreibung dieser Strafen für unzulässig erachtet, namentlich im letzteren Falle eine Possessorienklage für unstatthaft erklärt. Indem der § 36 des Eisenbahn-Gesetzes den Verwaltungsbehörden diese Einwirkung auf den Betrieb der Eisenbahnen eröffnet, werden die, in Ausübung dieses Rechtes, getroffenen Anordnungen derselben den polizeilichen Verfügungen im Sinne des Ges. v. 11. Mai 1842 in Betreff der Zulässigkeit des Rechtsweges, gleichgestellt. Dieses Gesetz läßt den Rechtsweg in Beziehung auf solche Verfügungen nur dann zu, wenn die Verletzung eines zum Privateigenthume gehörenden Rechtes behauptet, und die Befreiung von der durch die Verwaltungsbehörde auferlegten Verpflichtung auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder eines speziellen Rechtstitels in Anspruch genommen oder ein Eingriff in Privatrechte, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften Entschädigung für Aufopferung von Vortheilen zum allgemeinen Wohle zu gewähren ist, nachgewiesen wird. Im ersteren Falle ist der richterlichen Entscheidung sowohl das Recht zur Befreiung, als dessen Wirkung unterworfen, im letzteren nur die Frage über die Verletzung des Privatrechtes und den Betrag der dafür zu gewährenden Entschädigung. (§§ 1, 2, 4 a. a. O.)

Im vorliegenden Falle ist die Klage nicht gegen die Verwaltungsbehörde selbst, sondern gegen die den Anordnungen derselben in Betreff der Einrichtung ihres Betriebes unterworfene Eisenbahn-Gesellschaft und nicht auf Aufhebung der Anordnung direkt, sondern darauf gerichtet, daß sich der Betrieb auf der Verbindungsbahn nicht außerhalb der für dessen Gegenstände und Zeiten durch Vertrag vereinbarten Schranken bewege. Ebenso ist nicht ausdrücklich behauptet worden, daß die Ueberschreitung der letzteren auf direkter Anordnung der Behörde beruht, doch aber, daß dieselbe eine Folge der von letzterer bestätigten Fahrpläne sei. Diese Umstände begründen aber für die Anwendung des Ges. v. 11. Mai 1842 auf den vorliegenden Fall keinen Unterschied. Ob der Fahrplan von der Verwaltungsbehörde, im Interesse des öffentlichen Wohles, nur geprüft und bestätigt, oder selbst aufgestellt worden, ist für seine Qualifikation als polizeiliche Maßregel, die in beiden Fällen anzunehmen, unerheblich, ebenso, ob das richterliche Urtel auf Aufhebung dieser Maßregel selbst ergehen, oder eine Verpflichtung aussprechen soll, welche mit der Anordnung der Behörde nicht bestehen kann, also in ihrer Wirkung dieselbe zu beseitigen bestimmt ist. Endlich kann es auch nicht darauf ankommen, daß die Klage gegen die durch die Anordnung verpflichtete Gesellschaft gerichtet ist. (Erk. des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte v. 11. Febr. 1865, IMBl. 1865 S. 106.)

Es ist also für die Beurtheilung, ob die angeführten Vorschriften verletzt sind, allein entscheidend, ob die klagende Stadtgemeinde, auf Grund eines besonderen Rechtstitels, der Anordnung der Verwaltungsbehörden entgegen, die

---

wie dies bei der Besitzstörung für die das possess. begründende Turbation der Fall sein kann, Nr. 145c., Bd. 1 S. 711. Denn auch für die neg. ist nach der Natur dieser sich gegen die Verletzung des Eigenthums richtenden Klage zu fordern, daß der Eingriff, wenn auch nicht auf der Prätension eines Rechts beruhen, doch gegen das Eigenthum gerichtet sein muß. Darauf beruht das auch im Erk. d., welches nicht die Natur des Eingriffs, sondern die Verantwortlichkeit für denselben betrifft, angezogene Erk. a. In dem entschiedenen Falle war ein Eingriff in das Eigenthum nicht gewollt, wenn auch verschuldet, er bestand nicht mehr, war auch in Zukunft nicht zu erwarten. Ebenso liegt der Fall des Eingriffs zur Beseitigung augenblicklichen Nothstandes, auch der Fall des § 10 Abs. 2 des Feld- und Forstpolizeigesetzes. Vgl. auch ObTr. 71 S. 152 bei I 19 (confessoria). Regelmäßig hat aber der Bekl. dem objektiven Eingriff gegenüber dies subjektive, den Charakter der Turbation ausschließende Moment zu beweisen, die Umstände darzulegen, aus denen es zu entnehmen. So lag die Sache z. B. in StrA. 88 S. 159, wo der Beklagte sich lediglich darauf berief, daß er kein Recht beanspruche und das Vieh, das in der Forst des Klägers geweidet, nicht eingetrieben, sondern nur habe übertreten lassen, was wiederholt geschehn war. Vgl. über alles dies auch unt. Nr. 145c., Bd. 1 S. 712, 713, 714. Daß die Turbation ihren Charakter als solche nicht dadurch verliert, daß der Eingriff zwar als Recht, aber nicht als eignes Recht, prätendirt wird (Pächter), vgl. weiter unten.

Andrer Natur ist der in dem wichtigen Erk. b. behandelte Fall. Das Gesetz versagt die

Einschränkung des Betriebes auf der Verbindungsbahn, in Gemäßheit der darüber mit der Verklagten getroffenen Vereinbarungen, verlangt. Diese Frage ist zu bejahen.

Nach der thatsächlichen Feststellung der Vorderrichter ist der Rechtsvorgängerin der Verklagten, der Magdeburg-Wittenberger Eisenbahn-Gesellschaft, in der Konzessions-Urkunde die Anlegung einer Verbindung ihrer Bahn mit den im Süden und Westen der Stadt mündenden Eisenbahnen auferlegt und zu diesem Zwecke zwischen ihr und der Klägerin der Vertrag v. 14. Febr. 1851 geschlossen, in welchem sowohl das Eigenthum der Klägerin an dem Terrain zwischen dem Jakobsförder und der Magdeburg-Leipziger Eisenbahn anerkannt, als auch die Anlegung der Verbindungsbahn auf diesem Terrain genehmigt worden ist. Nach den Bestimmungen dieses Vertrages blieb auf der gedachten Verbindungslinie jede Beförderung von Personen ausgeschlossen, Güter und Gepäck sollten nur zu bestimmten Stunden des Tages, ohne Anwendung von Lokomotiven, befördert werden. Durch nachträgliche Vereinbarungen der Kontrahenten wurde letztere Beschränkung aufgehoben und wurden die Beförderungszeiten schließlich für gewöhnliche Frachtgüter von 12 bis 2 Uhr Mittags und $10^1/_2$ bis $12^1/_2$ Uhr Nachts, für Gepäck und Eilgut auf 6 bis $6^1/_2$ Uhr früh, $10^1/_2$ bis $11^1/_2$ Uhr Vormittags, $3^1/_4$ bis $5^1/_4$ Uhr Nachmittags und $6^1/_4$ bis $7^3/_4$ Uhr Abends festgesetzt.

Demnach charakterisirt sich das Recht der Verklagten an dem Grunde und Boden der Verbindungsbahn als ein beschränktes Nutzungsrecht; dieser Grund und Boden ist nicht expropriirt oder freiwillig abgetreten, sondern im Eigenthume der Klägerin verblieben. Der Vertrag begrenzt die Rechte beider Kontrahenten an demselben. Hieraus ergiebt sich für die Rechte der Verklagten, daß sie mit ihrem Verkehre innerhalb der vereinbarten Schranken bleiben muß, und daß auch die ihr vorgesetzte Verwaltungsbehörde diese Schranken in ihren den Verkehr regelnden Anordnungen nicht überschreiten kann, ohne aus den Grenzen ihrer Kompetenz herauszutreten, welche nicht weiter gehen können, als die Berechtigung der Verklagten selbst reicht. Wo die letztere aufhört, verliert auch die Verwaltungsmaßregel ihren gesetzlichen Boden. So wenig wie die Klägerin, ohne Anwendung des Expropriationsrechtes, durch eine solche Maßregel genöthigt werden könnte, mit der Verklagten einen Nachtragsvertrag abzuschließen, der die Befugnisse der letzteren in der Benutzung des Grundes und Bodens der Verbindungsbahn, nach der Anordnung der Verwaltungsbehörde, erweiterte, ebensowenig kann letztere durch Erlaß jener Anordnung an die ihr unterstellte Verklagte eine Nöthigung dieser Art mittelbar herbeiführen. Daraus folgt andererseits

---

neg., wie es die vindic. in dem unt. Nr. 252 erwähnten Falle auf Herausgabe eines Wegeterrains versagt, in gewissen Fällen, wo der Eingriff in das Eigenthum durch das dazu berufene Organ des Staats im öffentlichen Interesse bei Kollision desselben mit dem Privatinteresse in der vorgeschriebenen Form erfolgt. An die Stelle der neg. tritt in solchem Falle der Anspruch auf Entschädigung, wenn nicht auch dieser ausgeschlossen, weil der Eingriff Ausfluß einer gesetzlich von Jedem zu duldenden, dem Eigenthum anhaftenden Einschränkung. Vgl. Nr. 27, 28, 147, Bd. 1 S. 102, 105, 736. In Betracht kommen dabei die Bestimmungen des Ges. v. 11. Mai 1842 §§ 2, 4, das Enteignungsgesetz und der § 27 der Gewerbe-O. Gegen Eingriffe durch polizeiliche Verfügungen ist danach die neg. regelmäßig nicht zulässig, wenn nicht ein besondrer Rechtstitel vorhanden, aus welchem die Befreiung von der polizeilichen Maßregel folgt. Ein solcher liegt nie allein in dem Eigenthum und seiner Freiheit, welche eben bei der Kollision mit dem öffentlichen Interesse weichen muß. Wie aber die Entziehung des Eigenthums nur unter den Voraussetzungen und den Formen des Enteignungsgesetzes und im Falle des § 28 I 8 ALR. statthaft, so sind auch die Beschränkung des Eigenthums u. Eingriffe andrer Art in dasselbe nur im öffentl. Interesse zugelassen, Beschränkungen dauernder oder vorübergehender Art zum Besten bestimmter Unternehmungen nur in den Formen des Enteignungsgesetzes. Das Erk. b. und das ebenso wichtige Erk. c. Nr. 145, Bd. 1 S. 711 geben Beispiele. Anders lag StrA. 12 S. 250. In diesem Falle war der Hauseigenthümer durch polizeiliche Strafverfügung angehalten, eine Gosse zuzumauern, durch

für das Recht der Klägerin, daß ihre Berechtigung, die Verklagte mit ihrem Betriebe auf der Verbindungsbahn in den vereinbarten Schranken festzuhalten, auf einem besonderen Rechtstitel, dem Vertrage v. 14. Febr. 1851 und dessen Nachträgen, beruht. Indem dieser die Rechte der Verklagten begrenzt, begründet er das besondere Recht der Klägerin, der Ueberschreitung der Grenze zu widersprechen und gegen dieselbe nach § 1 Einl. AGO. den richterlichen Schutz anzurufen. Es ist also nicht der Eigenthumstitel, welcher die erhobene Klage zulässig erscheinen läßt, sondern der Vertragstitel, welcher das Nutzungsrecht der Verklagten in bestimmte Grenzen einschließt und das Eigenthumsrecht der Klägerin nur bis dahin beschränkt. Der Eigenthumstitel der Klägerin würde als ein dem § 2 des Ges. v. 11. Mai 1842 entsprechender Befreiungsgrund nicht erachtet werden können; der Rechtstitel muß ein solcher sein, welcher geeignet ist, ein Rechtsverhältniß in Beziehung auf die Verwaltungsbehörde zu begründen, so daß diese denselben als verpflichtend für sich anerkennen muß. Erk. des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte v. 3. Nov. 1847 (JMBl. 1847 S. 137), StrA. 12 S. 250. Letzteres ist für den Vertragstitel der Klägerin in der vorstehenden Ausführung nachgewiesen worden; die Klage ist also zulässig und die Verletzung der zitirten Vorschriften liegt nicht vor.

Gründe: c. Um den richtigen Standpunkt für die Beurtheilung des vorliegenden Verhältnisses zu gewinnen, ist zweierlei zu berücksichtigen. Zunächst, daß Widerkläger die betreffenden Erklärungen abgegeben hat, als er noch die Stellung des Verklagten einnahm, wo es ihm zunächst nur darum zu thun war, den Anspruch des Klägers abzuwehren, und daß seine uneigentliche Rekonvention sich nur der Klagebeantwortung anschloß. Sodann, daß die nach Zurücknahme der Konvention allein stehen gebliebene Rekonvention ihrer Eigenschaft nach als eine actio negatoria erscheint.

Wenn nun Implorant bei der Klagebeantwortung die Laudemialverpflichtung seiner Besitzung bestritt und den vom Kläger zum Beweise des Rechtsgrundes der Verbindlichkeit in Bezug genommenen Kaufbrief v. 31. Mai 1804 zur Feststellung dieses Rechtsgrundes nicht für angethan erachtete, so lag darin zunächst eine negative Litiskontestation in Beziehung auf die Klage. Denn er knüpfte ausdrücklich daran den Antrag auf Abweisung des Klägers. Zur mehreren Unterstützung desselben brachte er hierauf seine Behauptung vor, daß früher zwischen dem Gutsherrn und dem Mühlenbesitzer ein Loslassungsvertrag in Betreff der dem Dienstzwange unterworfenen Kinder des Letzteren geschlossen, und von dem Mühlenbesitzer die Verpflichtung übernommen sei, anstatt eines bestimmten Lösegeldes, bei jedem Kauf und Verkauf der Mühle Kaufgelderprozente zu zahlen. Aus den vorgebrachten Gründen

---

welche er sein unreines Wasser auf die Straße ableitete. Er klagte gegen den Stadtmagistrat, der die polizeil. Strafverfügung erlassen, auf Aufhebung, weil er das Recht der Ableitung durch die Gosse ersessen. Hier ist der Rechtsweg nach §§ 2, 4 des Ges. v. 11. Mai 1842 für unzulässig erklärt und die Klage deshalb abgewiesen. Selbst wenn, was schon fraglich, die Ersitzung des prätendirten Rechts zulässig war, konnte im öffentl. Interesse durch polizeiliches Einschreiten die Ausübung ohne Enteignung, die andre Voraussetzungen hat, inhibirt werden, ohne daß dadurch ein andrer Anspruch als auf Entschädigung begründet wurde. Aehnlich liegt die Sache in dem Falle des § 27 Gewerbe-O., der die neg. auf Einstellung des Betriebs versagt, nur den Anspruch auf schützende Einrichtungen und auf Entschädigung zuläßt, letztren jedenfalls für die Zeit nach der Klageerhebung und vorher bei Voraussehbarkeit des schädigenden Einflusses.

Kläger ist der Eigenthümer, auch der Miteigenthümer, wie bei der vindic., nach den zu §§ 4, 10 I 17 entwickelten Grundsätzen. Vgl. StrA. 70 S. 98; Erk. a. Nr. 196, Bd. 2 S. 76; ObTr. 58 S. 183; Präj. 1050; ObTr. 71 S. 152 zu I 19 (confessoria); StrA. 52 S. 262, wo der eine Miteigenthümer eines Hauses gegen den andren klagte, weil derselbe auf der Rückwand des Hauses eine Mauer aufsetzte, und Fortnahme der Mauer verlangte. Der Bekl. berief sich darauf, daß er Miteigenthümer, das ObTr. deduzirte aber mit dem 2. Richter, daß so wenig es für die neg. relevire, ob der Bekl. eine Servitut oder Eigenth. in Anspruch nehme, so wenig von Bedeutung sei, ob er Miteigenthum beanspruche.

trug er deshalb nicht blos auf Abweisung der Klage, sondern auch widerklagend auf Befreiung an.

Hatte also das Vorbringen des Imploranten vornehmlich den Charakter der Exzeption, den eventuellen Zweck, die Abgabe selbst für den Fall, daß deren Existenz bewiesen würde, als aufgehoben darzustellen, und mußte er, um nach neuerem Verfahren seiner Einwendungen nicht verlustig zu werden, von der Eventualmaxime Gebrauch machen, so durfte auch der App.-Richter aus der Einrede des Verklagten kein Geständniß ableiten, welchem dieser durch negative Litiskontestation genugsam vorgebeugt hatte. Denn jede Einrede hat nur eine eventuelle Natur, d. h. sie soll nur wirken, wenn der Klagegrund vom Kläger gehörig erwiesen ist. Daher der Satz der gemeinrechtlichen Praxis: qui excipit, non fatetur. Daraus folgt, daß aus einer exceptio kein Geständniß der Klage abzuleiten ist. Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur, etiam alia defensione uti, l. 43 D. 50, 17; l. 9 D. 44, 1. Daher kann auch neben dem ausdrücklichen Leugnen der Klage eine exceptio vorgebracht werden, l. 25 D. 22, 3; l. 37 D. 10, 2.

Auch nach Preuß. Prozeß (AGO. I 9 §§ 3, 6; 10 §§ 26, 82) ist dies, zumal seit Einführung der Eventualmaxime, nicht anders. Wenn der App.-Richter entgegnet, „es handele sich nach dem eigenen Vortrage des Widerklägers nicht mehr um ein Laudemium", so hat er dabei ganz übersehen, daß durch die Klage der Gegenstand des Rechtsstreites, wenngleich Kläger seinen Konventionsantrag zurückgenommen hat, unabänderlich gegeben ist. Die Rekonvention war nur eine uneigentliche, denselben Gegenstand betreffende Widerklage, und es handelt sich nach wie vor um die mit der Klage in Anspruch genommene Laudemialpflichtigkeit. Diese bestritt Verklagter; er bezeichnete sie jedoch nur eventuell als aufgehoben, ohne durch diese seine Exzeption die bestrittene Existenz einer Verpflichtung irgend einer Art einzuräumen. Hatte er nun zugleich neben der Stellung des Verklagten diejenige des Widerklägers übernommen, so betraf doch dieselbe einestheils denselben Gegenstand, und war anderentheils eine reconventio negatoria; sie verlangte, daß dem Kläger der Anspruch, den dieser sich zuschrieb, aberkannt würde. Bei einer Negatorienklage, welche dem Besitzer einer angeblich mit Reallasten behafteten Sache, wie dem Besitzer eines praedii servientis zusteht, Eichhorn, Deutsches Privatrecht § 166; AGO. I 41 § 5, liegt aber der Beweis in der Hauptsache demjenigen, welcher sich eine Servitut oder Reallast zuschreibt, und nicht dem Kläger ob, wovon Einige nur alsdann eine Ausnahme machen, wenn jener sich im ordentlichen Besitze befinden sollte. Von diesem Grundsatz geht auch im Allgemeinen das Preuß. R. aus, I 7 §§ 181, 182, 183.

H i e r n a c h e n t b i n d e t d i e praesumtio pro libertate dominii d e n B e s i t z e r e i n e r S a c h e, w e n n i h m g e g e n ü b e r e i n A n d e r e r d a s R e c h t,

---

Darüber, daß der vollständige redl. Besitzer auch für die neg. dem Eigenthümer gleichsteht, die publ. auch als neg. fungirt, vgl. Erk. a. Nr. 146, Bd. 1 S. 730 und die daselbst mitgetheilte reiche Praxis des ObTr. Vgl. auch StrA. 88 S. 190 unt. Nr. 134, Bd. 1 S. 627. Der unvollständige Besitzer (Pächter, Miether, Pfandbesitzer, Nießbraucher) kann, da er den Eigenthümer nicht vertritt und sein Besitz dem Eigenthumsbesitz nicht gleichsteht, die neg. ebenso wie das poss., Nr. 145b., Bd. 1 S. 701, 706, nur dann haben, wenn er Eingriff in sein eignes Recht abwehren will, d. h. wenn und soweit der Eingriff sein eignes Recht berührt.

Die Klage bezweckt und geht auf Beseitigung des Eingriffs, Wiederherstellung des etwa veränderten früheren Zustands, Feststellung, daß der Eingriff nicht auf Recht beruht, Unterlassung weitren Eingriffs, Untersagung weitrer Störung. Im § 151 I 7 (AGO. I 24 § 54, V. v. 4. März 1834 § 10) ist Androhung und Festsetzung von Strafen bei fernerer Turbation im Besitz zugelassen. Die frühere Praxis hatte kein Bedenken, dies auch auf die neg. anzuwenden, StrA. 88 S. 159. Nach § 775 CPO. ist der Schutz gegen weitre Störungen und Eingriffe auf Grund des Judikats auch ohne besondren Ausspruch desselben zu erreichen. Weitre Ansprüche können mit der neg. verbunden sein, wenn der Eingriff Schaden angerichtet oder dem Eigenthümer etwas, z. B. Früchte, entzogen hat. Der Anspruch auf Schadensersatz setzt aber, ebenso wie im gem. R., RG. 6 S. 217, Verschulden irgend einer Art voraus, §§ 10 ff. I 6, §§ 1 ff., 7 ff. I 3. Soweit es sich um den Ersatz oder die Herausgabe von Früchten handelt, können die Vorschriften über den redl. u. unredl. Besitz in Betracht kommen;

das Eigenthum einzuschränken, geltend macht, der Beweislast, ohne einen Unterschied zu machen, ob jener Verklagter oder Kläger ist; sie entbindet ihn von dieser Beweislast sogar selbst dann, wenn der Prätendent des einschränkenden Rechtes sich in dessen Besitz befindet, mit der alleinigen Ausnahme im letztgedachten Fall, welche der § 183 aufstellt. Wenn nun einem Eigenthümer gegenüber der Gegner nicht einmal durch den Besitz eines einschränkenden Rechtes der Beweislast, daß ihm dies Recht zustehe, überhoben wird, so kann dies noch viel weniger im vorliegenden Falle geschehen, wo der Widerverklagte nicht einmal behauptet, noch weniger dargethan hat, daß er sich im Besitze des streitigen Rechtes auf Zahlung von Laudemium befinde. Ja selbst dann, wenn man die Ausnahme des § 183, auf Rechte der Gutsherren gegen Unterthanen sich beziehend, hier berücksichtigen und davon absehen will, ob sie nicht blos von Rechten, welche die persönliche Freiheit einschränken, handele, kann diese keine Aenderung in der Beweislast hervorbringen, weil Widerverklagter den Besitz des Rechtes, der ausnahmsweise dem Widerkläger die Beweislast zuwälzen würde, nicht nachgewiesen hat.

Gründe: d. Allerdings passen die vom App.-Richter allegirten Vorschriften der §§ 34 ff. I 17 AGO. nicht direkt auf den vorliegenden Fall, indem dieselben voraussetzen, daß Jemand, als der Besitzer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, in Anspruch genommen wird, und er diese Sache nicht für sich, sondern im Namen eines Anderen besitzt. Wie Koch auch in den Anmerkungen zur Prozeß-Ordnung ausführt, ist jedoch die Nomination nach juristischem Sprachgebrauche wesentlich der Einwand der mangelnden Passiv-Legitimation, angewendet auf den Fall der Stellvertretung, und es gehört zur Begründung des Einwandes der Nachweis des Auktors; die Einrede ist mithin die exc. defic. legitim. ad causam passivae mit Namhaftmachung des wahren Gegners des Klägers. Die Richtigkeit dieses Satzes und insbesondere die Zulässigkeit der Nomination in Possessorien-Prozessen ist bereits vom ObTr. anerkannt, indem dasselbe im PlBeschl. v. 2. April 1849*) ausgesprochen hat: Derjenige, welcher aus Auftrag eines Dritten, und für denselben eine besitzstörende Handlung unternommen hat, kann sich von der gegen seine Person angestellten Besitzklage durch den mit Beweis gehörig zu unterstützenden Einwand befreien, daß ein solcher Auftrag seiner Handlung zu Grunde gelegen habe.

Im vorliegenden Falle ist zwar petitorisch geklagt, nach der unangefochtenen thatsächlichen Feststellung des App.-Richters hat aber der Verklagte nicht aus eigenem Antriebe, sondern nur im Auftrage des Fürsten zu B.-St. gehandelt, Verklagter hat

*) Erk. a. Nr. 145d., Bd. 1 S. 717.

---

auch die Klagezustellung gemäß § 222 I 7, §§ 16, 17 I 16. Als ein Beispiel kann der Fall StrA. 84 S. 121, Erk. c. Nr. 255 zu §§ 245 ff. I 7 gelten. Daß auch bei der neg. ein theilweises Durchdringen und theilweise Abweisung möglich, wenn der Eingriff theilweise auf Recht beruht, dem Bekl. im Uebrigen ein Recht nicht zusteht, kann nicht zweifelhaft sein, ObTr. 53 S. 1.

Beklagter ist der Störer, derjenige, der thatsächlich und absichtlich in dem früher entwickelten Sinne in das Eigenthum eingegriffen hat, bei den Eingriffen durch Zuwiderhandlung gegen die Beschränkungen aus dem Nachbarrecht aber außer demjenigen, der den Zustand hergestellt, RG. 2 S. 213, 215 unt. Nr. 157, Bd. 1 S. 815, der Eigenthümer, vollständiger Besitzer des Nachbargrundstücks. Ein Beispiel dafür giebt das Erk. a. Nr. 149, Bd. 1 S. 753 und andre das. S. 755 mitgetheilten Urtheile. Von mehrern Störern wird wie beim possessorium, Nr. 145d., Bd. 1 S. 717, jeder richtig beklagt, StrA. 83 S. 270; der Miteigenthümer, der allein handelt, kann sich der Verantwortlichkeit für den Eingriff nicht dadurch entziehen, daß er sich auf sein bloßes Miteigenthum bezieht, StrA. 93 S. 286 und oben StrA. 52 S. 262. Bei Klagen aus dem Nachbarrechte, die auf dem Zustand des Nachbargrundstücks beruhen, wird die neg. mit Erfolg freilich nur gegen alle Eigenthümer oder Besitzer angestrengt werden können. Vgl. StrA. 55 S. 193 bei I 19 (confessoria). Da es sich nicht um Verletzung eines obligatorischen Verhältnisses handelt, kommt es auch darauf nicht an, ob der Störer handlungsfähig, ob er in väterlicher Gewalt, Erk. c. Nr. 161,

das Eigenthum des Klägers an dem Grundstücke nicht bestritten, in der Klagebeantwortung sofort den Fürsten B. als Auftraggeber bezeichnet, von letzterm ist dies auch eingeräumt und die Servitut für sich beansprucht. Wenn demgemäß der App.-Richter weiter annimmt, daß die §§ 34 ff. I 17 AGO. auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden und die vom ersten Richter beobachtete Instruktion des Prozesses nach dem § 41 I 17 und den §§ 79, 80, 68 I 10 AGO. sich rechtfertige, so hat er keineswegs gegen diese Vorschriften und den erwähnten PlBeschl. verstoßen, noch auch den Begriff und das Wesen des Eigenthumes verkannt, ebensowenig, daß für dieses die Vermuthung der Freiheit spreche und demgemäß der Eigenthümer berechtigt sei, unbefugte Eingriffe in dasselbe abzuwenden und zu verfolgen. Er hat vielmehr nur den Einwand der mangelnden Passiv-Legitimation für begründet erachtet, weil Verklagter die fragliche Handlung nicht aus eigener Machtvollkommenheit, sondern lediglich im Auftrage des fürstlichen Hauses B., resp. seines Repräsentanten, vorgenommen hat, mithin ein absichtlicher Eingriff in das Eigenthum des Klägers, welcher zur Begründung der angestellten Negatorienklage erforderlich, wie dies bereits vom ObTr. in dem Erk. StrA. 84 S. 244*) näher dargethan ist, vom Verklagten nicht unternommen sei. Ein Verstoß gegen die ferner als verletzt bezeichneten Gesetze, sowie gegen den aufgestellten Rechtsgrundsatz liegt somit ebenfalls nicht vor.

Gründe: e. Nach den §§ 1, 7, 9 des EigenthGes. v. 5. Mai 1872 wird das Eigenthum an Grundstücken im Fall einer freiwilligen Veräußerung durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche erworben; der eingetragene Eigenthümer ist kraft seiner Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben, die Eintragung und ihre Folgen können aber nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden. Gemäß dieser Vorschriften ist eine Willenserklärung, hier also die Auflassung, wegen Irrthums im Gegenstande nicht absolut nichtig, sondern nur anfechtbar, §§ 75, 78 I 4 ALR., vgl. auch § 186 I 5 a. a. O.; Förster, Privatr. 3. Aufl., Bd. 1 S. 157; Dernburg, Bd. 1 S. 206 ff. Sie kann aber wegen eines solchen Irrthums der Regel nach nur von demjenigen, welcher sie abgegeben hat, als ungültig angefochten werden; so lange dies nicht geschehen, besteht sie zu Recht. Dies ist sogar dann der Fall, wenn der Irrthum betrüglich veranlaßt worden ist, §§ 349, 358 I 5. Wenn im vorliegenden Falle Br. in Uebereinstimmung mit dem Kläger es bei der Auflassung, obgleich sie irrthümlich in Ansehung des Grundstücks Nr. 325 statt des Nr. 324 abgegeben worden, belassen wollte, so ist gar nicht abzusehen, wie der Ver-

*) Erk. a.

Bd. 1 S. 840, 843. Gleichgültig ist für die Passivlegitimation, wie aus dem Obigen folgt, ob der Bekl. den Eingriff vorgenommen, um ein Recht auszuüben, ob er ein Recht behauptet, ob nur ein thatsächlicher Eingriff vorliegt, StrA. 88 S. 189, ob, wenn ein Recht behauptet, ein eignes oder ein von einem Dritten abgeleitetes Recht behauptet wird, vollständiger oder unvollständiger Besitz des Rechts. In letztrem Fall und wenn es sich dabei um Ausübung eines Rechts als Besitzer einer Sache handelt, oder wenn der Bekl. die störende Handlung als unvollständiger Besitzer einer Sache vorgenommen hat, aber auch nur in solchem Falle, kann es sich um die Anwendung der Vorschrift des § 73 CPO. über die Nomination handeln. Daß die Nomination nicht die Bedeutung des Einwandes der mangelnden Passivlegitimation hat, wie das Erk. d. ausführt, ist bereits unt. Nr. 254a. hervorgehoben; wenn es der Fall, müßte sie zu Abweisung der Klage führen; das Gegentheil ergiebt § 73 CPO. In dem Falle des Erk. d. war der Bekl. als Besitzer überhaupt nicht belangt, nomin. kam nicht in Frage, sondern nur, welche Bedeutung für seine Verantwortung dem Kläger gegenüber der Umstand hatte, daß er als Knecht desjenigen gehandelt, der das Wegerecht in Anspruch nahm. Dies berührt allerdings die Frage, ob der Beklagte der richtige Beklagte, passiv legitimirt. Das Erk. d. steht in dieser Beziehung in Uebereinstimmung mit dem PlPräj. Erk. a. Nr. 145d., Bd. 1 S. 717, auf welchem die daselbst mitgetheilte weitre reiche Praxis des ObTr. beruht, deren Ergebnisse wesentlich auch für die Frage der Passivlegitimation der neg. gegenüber zu verwerthen. Vgl. auch das Erk. b. Nr. 139a., Bd. 1 S. 651. Von gleichen

klagte ohne Nachweis eines besonderen Rechtes dies soll anfechten können. Ob aber Br. und Kläger es bei der angeblich irrthümlich erfolgten Auflassung wollen bewenden lassen oder nicht, dies steht lediglich bei ihnen. Darin wird auch dadurch nichts geändert, daß Br., obgleich als Eigenthümer von Nr. 325 im Grundbuche eingetragen, es doch nicht sein soll. Es ist dies übrigens auch gar nicht festgestellt. Der Verklagte würde nur dann befugt sein, in die fragliche, von dritten Personen abgegebene Willenserklärung einzugreifen, wenn er ein eigenes Recht dazu nachgewiesen hätte. Ein solches eigenes Recht des Verklagten hat aber der App.-Richter nicht festgestellt. Aus dem bloßen Umstande, daß derselbe als Negatorienverklagter in Anspruch genommen ist, folgt es nicht. Die Handlung des Holzschlages, welche zu der Klage Veranlassung gegeben, auf einem Grundstücke, als dessen Eigenthümer der Kläger nach den §§ 1, 7 des Ges. v. 5. Mai 1872 rechtlich gilt, erscheint bis zum Beweise des Gegentheils als eine rechtswidrige; aus derselben kann also der Verklagte kein Recht herleiten, § 35 I 3 ALR. Die bloße Behauptung des Verklagten, daß er selbst Eigenthümer der fraglichen Parzelle sei, kann für ihn ebensowenig wie die, daß er zum Holzschlagen auf derselben berechtigt sei, ein solches eigenes Recht begründen. Die erstere steht, so lange sie nicht dargethan ist, einem bloßen Bestreiten des Eigenthumsrechts des Klägers gleich; dieses Bestreiten ist aber der Bestimmung der §§ 1, 7 des Ges. v. 5. Mai 1872 gegenüber einflußlos: dem Verklagten als Servitutberechtigten aber, und eine solche Berechtigung mußte doch immer erst nachgewiesen werden, kann es gleich sein, ob Kläger oder Br. Eigenthümer des Grundstücks ist, ein trotzdem bestehendes besonderes Interesse für das letztere ist nicht festgestellt.

Hiernach hat der App.-Richter, indem er den fraglichen Einwand des Verklagten für durchgreifend erklärt, unter Verkennung der Bedeutung und Tragweite der Eintragung des Eigenthumsüberganges in das Grundbuch und der Bedingungen und Voraussetzungen der Anfechtung derselben die §§ 1, 7, 9 des Ges. v. 5. Mai 1872 und die §§ 75, 78 I 4 ALR. verletzt.

In der Sache selbst ist vor Allem festzuhalten, daß lediglich Negatorienklage, abgesehen von der aus dieser hergeleiteten persönlichen Klage auf Entschädigung, vorliegt, es sich demgemäß allein darum handelt, ob dem Verklagten das Recht zusteht, auf der fraglichen Parzelle Holz zu fällen oder nicht. Wenn auch gemäß des vom Verklagten erhobenen Einwandes, daß er und nicht der Kläger Eigenthümer des Grundstücks sei, die Entscheidung des Prozesses von Beantwortung der Frage abhängt, wer von beiden Theilen Eigenthümer ist, so wird doch darüber nur in den Gründen, nur als Grundlage für die Aburtheilung über das vom Verklagten prätendirte Holzungsrecht, Feststellung getroffen. In der rechtlichen Natur der Klage wird dadurch nichts geändert, sie wird

---

Grundsätzen geht das ObTr. auch für die negatorische confessoria in dem bei I 19 mitgetheilten Erk. ObTr. 71 S. 152 aus, welches zugleich ein Beispiel giebt, wie auch bei der neg. die Nomination wirksam werden kann. Es handelte sich um die Klage des auf einem See Fischereiberechtigten gegen andre Personen, welche die Fischerei ebenfalls ausgeübt hatten. Die Beklagten hatten exzipirt, daß ihnen die Fischerei verpachtet worden, und der 2. Richter wies deshalb wegen mangelnder Passivlegitimation ab. Dies war offenbar falsch, weil es für die Frage, ob ein Eingriff in das Recht des Eigenthümers vorliegt, nicht einmal darauf ankommt, ob der Eingreifende den Eingriff als Ausübung eines Rechts geübt, sondern lediglich darauf, ob objektiv in das Eigenthum (der Sache oder des Rechts) eingegriffen, noch weniger also darauf, ob er ein ursprüngliches, eignes, oder ein abgeleitetes, fremdes Recht ausübt. In solchem Falle kann aber der Beklagte, wenn er als Besitzer einer Sache gehandelt hat, seinen Verpächter im Sinne des § 73 CPO. nominiren. Der Knecht dagegen, der für den Herrn fährt, nominirt den Herrn ebensowenig wie der Maurer, der für den Hauseigenthümer eine in das Nachbarrecht eingreifende bauliche Veränderung vornimmt, beide kommen nur als Werkzeuge in Betracht, denen subjektiv der Wille fehlt, durch ihre Handlung in das Recht des Andren einzugreifen. Deshalb hat das ObTr. in jener Sache in Bezug auf den beklagten Pächter vernichtet, die Abweisung der Klage aber hinsichtlich des Mitbeklagten, der dem Pächter beim Fischen als dessen Gehülfe Dienste geleistet, aufrecht erhalten.

damit nicht zur Vindikation, bleibt vielmehr Negatorienklage, vgl. StrA. 52 S. 262. Zur Begründung einer solchen genügt allein der Nachweis des Eigenthums des Klägers (resp. vollständigen Besitzes) an dem betreffenden Grundstücke, abgesehen von dem etwa nothwendigen Beweise des seitens des Verklagten erfolgten Eingriffs. Aus dem Eigenthum folgt von selbst dessen Freiheit und Uneingeschränktheit, § 181 I 7, § 14 I 19 ALR. Sache des negatorisch Verklagten ist es daher, entweder das Fundament der Klage zu beseitigen, oder sein Recht zu dem Eingriffe nachzuweisen. Hat, wie im vorliegenden Falle, der Kläger die gesetzliche Legitimation als eingetragener Eigenthümer aus § 7 des Ges. v. 5. Mai 1872 für sich, dann genügt selbstverständlich nicht die negative Litiskontestation; Verklagter muß vielmehr nachweisen, daß Kläger in der That nicht Eigenthümer ist. Dies durch Anfechtung der Eintragung des Eigenthumsüberganges auf Grund des Irrthums im Gegenstande der Auflassung zu thun, dazu fehlt hier dem Verklagten, wie oben dargethan, die Legitimation. Den Beweis, daß Kläger nicht Eigenthümer ist, kann der Verklagte auch dadurch führen, daß er sein Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke darthut, und zur Unterstützung dessen wird dann der Beweis des Irrthums im Gegenstande der Auflassung dienen. Im vorliegenden Falle hat der Verklagte behauptet, durch dreißigjährigen Besitz das Eigenthum der fraglichen Parzelle ersessen zu haben. Diese Behauptung hat der unveränderten Natur der Negatorienklage gemäß nur den rein negativen Zweck und Inhalt, den Kläger als Nichteigenthümer darzustellen, und damit das Fundament dieser Klage zu beseitigen; der Einwand vertritt die Stelle der wegen § 7 a. a. O. unzulässigen negativen Litiskontestation. Diese Erwägungen sprechen von vornherein gegen die vom Kläger in den früheren Instanzen und auch jetzt als Nichtigkeitsgrund geltend gemachte Ansicht, daß nach den Bestimmungen des Ges. v. 5. Mai 1872 der fragliche Einwand nur im Wege der Klage oder Widerklage erhoben werden durfte.

Die §§ 7, 9, 10 a. a. O. bieten auch in der That keinen Anhalt für eine solche gesetzliche Nothwendigkeit. Das Al. 2 des § 7, wonach, wenn der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten hat, die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen sind, statuirt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß jedes Recht, welches im Wege der Klage verfolgt werden kann, auch eine Einrede giebt. Als solche Ausnahmebestimmung darf dieselbe nicht ausdehnend interpretirt werden. Nach ihrem Wortlaut und nach ihrer Entstehungsgeschichte bezieht sie sich aber lediglich auf die

---

Die Vertheidigung des Beklagten gegen die neg. kann sich, wie bei der vindic., auf das Bestreiten des Eigenthums oder des Eingriffs beschränken, kann aber auch selbstständig vorschützen, entweder eignes Eigenthum oder das Bestehn einer Berechtigung, welche dem Eingriff die Natur der Rechtsverletzung ebenso wie beim poss. nimmt, unt. Nr. 145c., Bd. 1 S. 714, oder Verjährung. Auf diese Vertheidigung kommt es erst an, wenn das Eigenthum des Klägers erwiesen, StrA. 93 S. 250; wo das Eigenthum des Klägers nach § 7 EigenthGes. feststeht, kann es, wie das Erk. e. darlegt, ohne die Beschränkung im § 7 Abs. 2 beseitigt werden, sowohl durch den Nachweis, daß die Eintragung des Eigenthümers nichtig, wie durch den Nachweis eignen Eigenthums des Beklagten. Aus der Natur der neg. folgt, daß der Kläger sein Eigenthum zu beweisen hat, auch wenn der Bekl. es in Anspruch nimmt, OHG. 18 S. 53, 57; durch diese Vertheidigung wird die Klage keine andre, Erk. e. Behauptet der Beklagte ein Recht zum Eingriff, so hat er diese Berechtigung zu beweisen und zwar in ihrem vollen Umfange, wenn die Klage sich gegen den Umfang richtet, in welchem sie in Anspruch genommen wird. Vgl. oben StrA. 15 S. 332. Der Beweis des Rechts wird dadurch nicht ersetzt, daß der Bekl. im Besitz und im Besitz possessorisch durch Urtheil geschützt ist, ObTr. 30 S. 197 (StrA. 16 S. 112). Daß der Anspruch auf eine nothwendige Servitut keinen Einwand gegen die neg. giebt, da das Eigenth. so lange unbeschränkt ist, als die nothwendige Servitut nicht festgesetzt, darüber vgl. zu §§ 3 ff. I 22.

s. g. exc. rei venditae et traditae. Nach dem Wortlaut hat sie die hier nicht zutreffende Voraussetzung eines zwischen dem Verklagten und dem Kläger oder dessen Rechtsvorgänger abgeschlossenen, den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts; nach ihrer Entstehungsgeschichte beruht sie auf einem zwischen den Faktoren der Gesetzgebung geschlossenen, lediglich auf jenen Fall beschränkten Kompromisse. Die ursprüngliche Regierungsvorlage schloß die fragliche Einrede ganz aus, damit sie nicht „wieder ein Eigenthum neben dem Grundbuche entwickele, und damit die Theorie von dem öffentlichen Glauben desselben nicht beseitigt werde". (Werner, die Preuß. Grundbuch- und Hypothekengesetze I 11 und II 18.) Das Herrenhaus wollte die Einrede unbedingt zulassen (das. II 46, 51, 52). Schließlich kam man allseitig dahin überein, daß die Einrede nur als Klage oder Widerklage statthaft sein sollte (das. II 111, 129, 130, 139 ff.), damit, wie es dort (II 119) heißt, „nicht eine völlige Trennung des Eigenthums auf der einen und des Besitzes auf der andern Seite herbeigeführt", „nicht ein Zustand dahin bestehen und erhalten bleibe, daß sich die Besitzverhältnisse im Widerspruche mit den Einträgen im Grundbuche befinden." Das Recht, welches nach § 7 a. a. O. lediglich durch Klage oder Widerklage soll geltend gemacht werden können, ist das persönliche zur Sache, § 124 I 2 ALR., welches auf diesem Wege erst zum Eigenthume führen soll. Hier will aber der Verklagte schon Eigenthum an dem Grundstücke erworben haben, noch bevor es dem Kläger aufgelassen worden, und bevor das Ges. v. 5. Mai 1872 in Kraft getreten ist.

Es handelt sich hiernach nicht, wenigstens nicht unmittelbar, um eine Anfechtung der Eintragung des Eigenthumsüberganges auf den Kläger nach § 9 a. a. O. Nimmt man aber auch an, daß eine solche Anfechtung vorliege, so kann doch nicht anerkannt werden, daß allgemein dieselbe nur mit einer Klage oder Widerklage geltend gemacht werden darf. Der § 9 enthält eine solche Vorschrift nicht, aus dem Gebrauche des Wortes „Anfechtungskläger" allein kann sie nicht gefolgert werden; als Ausnahmebestimmung hätte sie ausdrücklich sein müssen. Die Deduktion des Klägers, es müsse, da schon in dem vorbezeichneten Falle des § 7 der Weg der Klage oder Widerklage nothwendig, dies umsomehr bei der Anfechtung der Fall sein, ist unzutreffend. Keinesfalls paßt dies nach den oben mitgetheilten Motiven der fraglichen Bestimmung des § 7 auf alle Arten der Anfechtungen, z. B. nicht auf die von einem Gläubiger auf Grund des Ges. v. 9. Mai 1855 erfolgenden, ebenso nicht auf die Anfechtung der bloßen Folgen der Eintragung des Eigenthumsüberganges. Im vorliegenden Falle stehen zwar Bucheigenthum und angebliches wahres Eigenthum einander gegenüber; nicht aber dies kommt zur dispositiven Entscheidung, im Tenor soll nur über das Holzungsrecht abgeurtheilt werden.

Geht man bei Prüfung des Einwandes des Verklagten, daß er schon mit dem

---

Nimmt der beklagte Pächter das Recht aus dem Recht seines Verpächters in Anspruch, so hat er das Recht des Verpächters zu beweisen. Auch das Recht auf Benutzung eines öffentlichen Weges wird der Beklagte der neg. des Eigenthümers gegenüber, der das Wegeterrain als sein Eigenthum beansprucht und die Qualität des öffentl. Weges leugnet, ebenso geltend machen können, wie er es konfessorisch unter Umständen verfolgen kann. Vgl. RG. 14 S. 262; 1 S. 155.

Ob und wieweit der Beklagte das von ihm beanspruchte Recht gegen den Kläger geltend machen kann, hängt von der Natur des Rechts, seinem persönl. oder dinglichen Charakter ab; dabei kommt § 12 des EigenthGes. vielfach in Betracht.

Von Anwendung der §§ 25, 26 h. t. kann bei der neg. nicht die Rede sein; nimmt auch der Bekl. ein Recht in Anspruch, das ihm nicht zusteht, so handelt es sich nie um Restitution dieses Rechts an den Eigenthümer, das derselbe nicht verloren hat, auch wenn der Bekl. es gutgläubig erworben hat. Vgl. StrA. 90 S. 154 unt. Nr. 254b. Auch wenn der Bekl. Eigenthum in Anspruch nimmt, wie er dies nach Obigem zur Abwehr der neg. kann, kommt die Einlösung nicht in Betracht, wenn nicht zugleich Restitution gefordert wird.

Veräußerung vor oder nach der Klage durch den Bekl. kann überhaupt nur in Frage kommen, wo der Bekl. als Besitzer einer unbewegl. Sache mit der neg. belangt wird. Bei Veräußerung nach der Klage wirken in solchem Falle die §§ 236—238 CPO. ein.

Jahre 1872 durch Ersitzung Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke erworben habe, von den vorstehend entwickelten Grundsätzen aus, dann kommt es nicht auf die Anfechtung der Eintragung des Klägers wegen Irrthums im Gegenstande an, es handelt sich nicht um diese, wohl aber um Beantwortung der Frage, welchen Einfluß das mit dem 1. Okt. 1872 in Kraft getretene Ges. v. 5. Mai 1872 (§ 72), speziell die auf Grund desselben für den Kläger erfolgte Eintragung des Eigenthums in das Grundbuch, auf das angeblich schon vorher von dem Verklagten erworbene Eigenthum geübt hat. Diese Frage ist bei gleichen thatsächlichen Voraussetzungen schon durch das Erk. ObTr. 75 S. 15*) zu Gunsten des früheren Erwerbers beantwortet worden. Daran ist festzuhalten.

Aus den in der zweiten Instanz vorgelegten Grundakten H. Nr. 45, 285, 296 ist festgestellt, daß der Besitztitel des Grundstücks Nr. 325 auf Grund des Vertrages v. 5. Okt. 1840, zufolge Verf. v. 11. Febr. 1848 für Br., den Autor des Klägers, berichtigt ist. Dem letzteren ist also das fragliche Grundstück von einer Person aufgelassen worden, die noch unter der Herrschaft des früheren Gesetzes, wo nicht durch Besitztitelberichtigung, sondern bei freiwilligen Veräußerungen durch Uebergabe das Eigenthum erworben wurde, und die Ersitzung gegen denjenigen zulässig war, welcher in das Hypothekenbuch als Besitzer eingetragen war. Hatte nun der Verklagte schon vor dem 1. Okt. 1872 das fragliche Grundstück ersessen, dann konnte, weil nach § 14 Einl. ALR. Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, wenn sie ihnen nicht, was bei dem Ges. v. 5. Mai 1872 nicht der Fall, ausdrücklich beigelegt ist, dieses sein wohlerworbenes Recht nicht dadurch verloren gehen, daß eine Eigenthumsübertragung durch eine Person erfolgte, welche beim Inkrafttreten des neuen Gesetzes nach dem bis dahin geltenden Recht nicht wirklicher Eigenthümer war.

Es ist deshalb der vom Verklagten darüber, daß er das fragliche Grundstück durch länger als 30 Jahre von 1872 zurückgerechnet (§ 6 des Ges. v. 5. Mai 1872) eigenthümlich besessen und so durch Ersitzung erworben habe, durch Benennung von Zeugen angetretene Beweis aufzunehmen. Diese Beweiserhebung erübrigt sich nicht durch das vom Kläger in der Replik abgegebene Zugeständniß, daß der Verklagte und seine Vorbesitzer auf dem fraglichen Grundstücke durch 30 Jahre Holz gehauen haben; denn einmal bezieht sich dasselbe nur auf die von dem Verklagten in der Klagebeantwortung behauptete Ausübung des Holzungsrechts, und dann ist auch vom Kläger ausdrücklich bestritten, daß der Verklagte das Grundstück in Besitz gehabt habe. Ob dieses eventuell in Betracht kommende Holzungsrecht als ein „Mitgenuß von Holz" im Sinne der §§ 2, 164 der GThO. v. 7. Juni 1821 und der Dekl. v. 31. März 1841 zu erachten und deshalb dem Erwerb durch Verjährung entzogen ist, wird aus den Aussagen der Zeugen zu beurtheilen sein.

*) Erk. c. Nr. 192, Bd. 2 S. 5.

Bei Veräußerung durch den Kläger vor der Klage fällt die Legitimation fort; bei Veräußerung nach der Klage kommen ebenfalls die §§ 236—238 in Betracht. In ObTr. 58 S. 183, 186, wo der Eigenthümer eines Grundstücks gegen die Benutzung eines ihm gehörigen Grenzrains zum Gehn, Fahren, Viehtrieb, negatorisch klagte und nach der Klagebehändigung das Grundstück veräußerte, hat das ObTr. auf den daraus entnommenen Einwand des Bekl. die Klage abgewiesen, weil mit der Veräußerung die Aktivlegitimation fortgefallen, soweit es sich um die Hauptsache, nicht etwa die bis dahin entstandenen Kosten handle. Das ist nach §§ 236, 237 CPO. jetzt anders; § 238 würde in dem entschiedenen Falle nicht, kann aber zutreffen, wenn es sich um Rechte handelt, die der Rechtsnachfolger des Klägers nicht anzuerkennen hat. (Vgl. RG. 11 S. 312 bei I 19 confessoria.)

Vgl. CPO. §§ 25—27 über den Gerichtsstand für die vindic., negatoria u. confessoria. Für die neg. ist danach das for. rei sitae das des Grundstücks, dessen Freiheit behauptet wird; das gilt auch für die neg. auf Löschung einer getilgten, zu Unrecht eingetragenen, ungültigen, simulirten Hypothek. Dasselbe wurde übrigens schon auf Grund der §§ 111 ff. I 2 AGO. angenommen. (ObTr. 19 S. 427; StrA. 9 S. 176; 67 S. 1; OHG. 16 S. 275.) Für diese Frage ist die Entscheidung darüber, ob die Klage des Eigenthümers aus dem Nachbarrecht als neg. (Abwehr eines Eingriffs) oder als confessoria (Klage aus einem Servitutrecht gegen den damit belasteten Nachbar) von praktischer Bedeutung.

Nr. 258. § 3; I 12 §§ 243—253; 9 §§ 494—499; II 18 §§ 842—845, 847 ff.; Ges. v. 12. März 1869; § 6; II 18 §§ 821 bis 851. Die Erbschaftsklage. hereditatis petitio. *)

a. Erk. v. 29. Mai 1865; ObTr. 54 S. 48 (StrA. 59 S. 214).
b. Erk. v. 22. Febr. 1854; StrA. 12 S. 157.
c. Erk. v. 2. März 1863; ObTr. 49 S. 106.

Im Falle a. war A. v. O. 1775 kinderlos mit Hinterlassung zahlreicher Landgüter gestorben, die nach dem Tode seiner Wittwe von verschiedenen Verwandten in Besitz genommen, auf andre Personen vererbt und schliesslich nebst dem Erbrecht an den beklagten B. verkauft wurden, der 1853 in Besitz gelangte. Erst 1850 wurde ein Aufgebot der Erben veranlasst, das 1858 zur Ausstellung eines Erblegitimationsattestes führte. 1861 traten neue Erbprätendenten auf, welche die einzigen nächsten Erben zu sein behaupteten und gegen den Besitzer B. auf Anerkennung ihres Erbrechts klagten. Die Klage ist auf den Einwand der Verjährung in allen Instanzen abgewiesen. — Im Falle b. waren die Testamentserben des 1844 verstorbenen A. L. auf die am 1. September 1846 insinuirte Klage des Vormunds des minderjährigen K. L. verurtheilt, an diesen als ehelichen Sohn des A. L. $^{1}/_{5}$ des Nachlasses herauszugeben, nachdem dem Vormund durch das 2. Urtheil ein Eid über die eheliche Geburt des K. L. auferlegt und von ihm abgeleistet und am 5. Nov. 1850 die Purifikationsresolution abgefasst war. Der Vormund klagte sodann aber noch auf Zahlung des fünften Theils der Revenüen des Nachlasses vom Todestage bis zum 5. Nov. 1850, wogegen die Beklagten einwendeten, dass sie von der Existenz des Sohnes nichts gewusst und deshalb erst vom Tage der Purifikatoria ab die Revenüen zu zahlen verpflichtet. Die Beklagten sind in allen Instanzen zur Zahlung der Revenüen v. 1. September 1846 ab verurtheilt. — Im Falle c. hatten sich die Geschwister des 1845 für todt erklärten H. in den Besitz seines Nachlasses gesetzt und denselben 1846 unter sich getheilt, wobei an die Beklagten 72 Thlr. baar gefallen waren. Nachdem die Klägerin sich 1861 als einzige eheliche Tochter des H. legitimirt, klagte sie gegen die Beklagten auf Herauszahlung der 72 Thlr. nebst Zinsen seit der Klage. Der 1. Richter wies ab, weil nicht bewiesen, dass dies Geld oder dessen Werth noch vorhanden. In 2. u. 3. Instanz ist verurtheilt.

Gründe: a. Der App.-Richter erklärt die Verjährung der erhobenen Klage durch den Ablauf von weit mehr als dreißig Jahren, innerhalb deren die Klage nicht angestellt worden ist, für eingetreten.

Erstens halten nun die Kläger und Imploranten diese Verjährung prinzipaliter für überhaupt unstatthaft gegen die von ihnen nur erhobene Präjudizial-Klage auf Anerkennung ihres besseren Erbrechts; der App.-Richter hat aber diese Meinung für unrichtig erklärt, weil dieselbe durch keines der hier in Frage kommenden Landesrechte (das altpolnische, das subsidiäre gem. R., das ALR. oder den während der Zeit des Herzogthums Warschau gültig gewesenen Code civil) unterstützt werde und sie ihre positive Widerlegung auch darin finde, daß nach dem röm. R., wie nach der AGO. ein solches Präjudizium, wie die vorliegende Klage, stets ein wesentlicher, vorangehender Theil der zweiten und Hauptklage, die auf Herausgabe des Nachlasses gerichtet werde, sei, also derselben Verjährung wie diese unterliege und diese voraufgehende besondere Geltendmachung des Praejudicii dasselbe nicht von dieser Verjährung frei machen könne.

---

*) Vgl. Windscheid 3 §§ 611 ff.; Dernburg 3 § 230; Förster (Eccius) 4 § 279. — Das LR. behandelt die Erbschaftsklage nicht besonders. In den §§ 494 ff. I 9, §§ 842 ff. II 18 wird sie ebenso wie in AGO. I 46 vorausgesetzt. Ihre Grundlage ist in

Imploranten machen nun dem Richter den Vorwurf, daß er die actio praejudicialis auf Anerkennung des Erbrechts, mit der hereditatis petitio vermenge, hierdurch das Wesen und die rechtliche Natur der Präjudicial-Klage ebenso verkenne, wie den Rechtsbegriff der Verjährung.

Die Imploranten bezeichnen als durch das ergangene Urtel verletzt zunächst zwei Grundsätze des röm. R., nämlich: 1. daß Statusklagen nicht verjähren, 2. daß kein Recht durch Verjährung erlösche, wenn nicht die Gesetze dies ausdrücklich verordnen. Zur Begründung dieser Behauptung wird allein auf einen Paragraphen in Thibaut's System des Pandektenrechts hingewiesen. Aber eine Statusklage ist gar nicht angestellt, sondern nur eine der hereditatis petitio vorhergehende Präjudicial-Klage. Und der Satz, daß kein Recht durch Verjährung erlösche, wenn nicht die Gesetze dies ausdrücklich verordnen, wird zwar von Thibaut an einer Stelle seines Systems ausgesprochen (Thibaut, 4. Ausg. § 1019), wo von den allg. Grundsätzen über die Verjährung die Rede ist; bei Besprechung der Klageverjährung sagt aber derselbe Schriftsteller: daß die Klagen fast unbedingt der erlöschenden Verjährung unterworfen sind und daß dieselben im Zweifel binnen dreißig Jahren erlöschen, — worauf er dann die einzelnen Arten von Klagen abhandelt und hier auch einige anführt, in denen die Verjährung von dreißig Jahren im Allgemeinen nicht, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen stattfindet, wie die actio finium regundorum und communi dividundo, nicht aber die petitio hereditatis, oder die derselben vorangehende Präjudicial-Klage. Die Regel ist daher vielmehr, daß alle Klagen in dreißig Jahren verjähren, wie z. B. in l. 3 pr. C. de praescr. triginta annorum gesagt ist: Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Gewisse Klagen fordern noch einen längeren Zeitraum, andere dagegen verjähren in kürzerer Frist, aber keine dieser Ausnahmen ist für die hereditatis petitio festgesetzt, und es bleibt daher für diese Klage eine dreißigjährige Verjährung bestehen, cfr. v. Savigny, Syst. des röm. R. Bd. 5 S. 274; Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. 5 S. 233, wo es heißt: Es ist unzweifelhaft, daß die allgemeine Klageverjährung auch auf die hereditatis petitio Anwendung finde und zwar ist der Anfang dieser Verjährung von dem Tage an zu rechnen, an welchem zuerst der Gegner in einem dem Erbrechte des Klägers widerstreitenden Besitze sich befand, der diesem zur Anstellung der hereditatis petitio Anlaß geben konnte u. s. w. (cfr. auch Göschen, Vorles. über das gem. Civilr. 1 S. 426 u. 435 in fine). — Nach preuß. R. aber kann die Zulässigkeit der Verjährung der Erbschaftsklage ebensowenig einem Bedenken unterliegen. Die als verletzt bezeichneten §§ 500—503 I 9 ALR. sprechen gerade aus, daß durch Verjährung Rechte verloren gehen, wie auch erworben werden können, und daß zum Verluste des Rechts in der Regel der Nichtgebrauch desselben hinreicht, § 502. Der § 503 spricht von der erwerbenden Verjährung, paßt daher nicht

---

§ 3 h. t. gefunden worden, wonach auch der Eigenthümer eines Rechts sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer verfolgen kann. Demnach würde Gegenstand der Klage das subjektive Erbrecht, nicht die Erbschaft (die hereditas im objekt. Sinne) sein. Vgl. Windscheid a. a. O. § 611 Anm. 3. Aber das subj. Erbrecht kommt in seinem praktischen Ziel und für die Verfolgung durch den Erben doch nur als Titel des Rechts an dem Objekt des Rechts, der Erbschaft im Ganzen und ihren einzelnen Bestandtheilen, in Betracht. Ohne solche Richtung auf das Objekt und getrennt von demselben ist die Verfolgungsklage werthlos, das Erbrecht ist ebenso wie das Eigenthum als bloßer Begriff für den Erben bedeutungslos, wenn ihm keine Erbsch. vorenthalten wird und vorenthalten werden kann, weil keine vorhanden ist. Für den Dritten, den Nichterben, kann dies anders sein, weil für seinen Anspruch an die Erbschaft die Existenz einer Erbschaft im obj. Sinne neben der Existenz eines Erben mehr oder weniger bedeutungslos sein kann, insofern ihm z. B. der Erbe ohne Vorbehalt persönlich haftet. Für das Preuß. R. ist auch mit Rücksicht auf §§ 497, 498 I 9 anzunehmen, daß die Erbsch. im objekt. Sinne Gegenstand der Erbschaftsklage, zu welcher die Klage auf Feststellung, Anerkennung des Erbrechts im Verhältniß der einen Theil seiner Klage bildenden Präjudizialklage in dem im Erk. a. entwickelten Sinne steht. Danach ist die Erbschaftsklage rei nicht juris vindicatio. Damit ist aber nicht gesagt, daß diese rei vindic. der rei vindic. im Sinne der Verfolgung des Eigenthums an einzelnen (bewegl., unbewegl.) Sachen oder

hierher. Und was die ferner als verletzt bezeichneten §§ 16, 26, 27 II 16, und §§ 847—851 II 18 ALR. hier beweisen sollen, ist nicht einzusehen, da die ersteren nur Festsetzungen über das Recht des Staats an erblosen Verlassenschaften enthalten, im § 27 sogar die Zulässigkeit des Verlustes des Anspruchs an eine solche Verlassenschaft durch Verjährung insoweit angedeutet ist, als dort gesagt ist, daß ein rechtmäßiger Erbe, welcher nach erfolgtem Präklusions-Urtel, aber innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist, zurückkehre, gleiche Rechte mit einem Verschollenen habe, der nach der Todeserklärung zurückkommt.

Das ObTr. hat denn auch schon in früheren Fällen die Verjährbarkeit der Erbschaftsklage angenommen. So in dem Erk. v. 7. Nov. 1852, in dessen Gründen ausgesprochen ist, daß das ALR. keine Bestimmung enthalte, nach welcher, außer der im § 76 I 17 angeordneten Unverjährbarkeit des Rechts, auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums anzutragen, auch die Verjährung in Betreff der Erbschaftsklage, oder hinsichts des Rechts, vom Besitzer der Erbschaft oder eines Theils derselben die Herausgabe ganz oder zum Theil zu verlangen, ausgeschlossen wäre. Es ist diesem Grundsatze entsprechend das Präj. 2333 aufgestellt (ObTr. 22 S. 32, 35) und in einem späteren Erk. v. 27. Nov. 1854 nach demselben Grundsatze entschieden worden (StrA. 15 S. 248).

Das französische Gesetzbuch endlich spricht im Art. 328 nur von der Unverjährbarkeit der Klage eines Kindes, durch welche dasselbe seine Abkunft in Anspruch nimmt, und im Art. 816 gerade von der Verjährung der Klage eines Miterben gegen den Besitzer des Nachlasses, im Art. 558 aber von einem ganz fremdartigen Gegenstande, nämlich von Alluvionen.

Es kann ferner keinen Unterschied in der Beurtheilung der ersten Frage machen, daß gegenwärtig noch nicht die Herausgabe des Nachlasses Gegenstand der erhobenen Klage, sondern diese nur erst auf die Anerkennung der Kläger als nächste und alleinige Erben des A. v. Op. gerichtet ist. Denn diese abgesonderte und vorgängige Behandlung einer, die Hauptklage, auf Herausgabe des Nachlasses, bedingenden Rechtsfrage, war zwar auch im röm. R. eine actio praejudicialis, aber nur in dem Sinne, in welchem mit diesem Namen solche Klagen bezeichnet wurden, durch welche eine Grundlage für die Entscheidung anderer Prozesse gewonnen wird. Es stand im Belieben des Klägers, ob er die Präjudicialfrage in solcher Weise vorweg zur Entscheidung bringen lassen wollte; die rechtliche Natur des Hauptanspruchs aber konnte er dadurch nicht ändern, und wenn dieser daher durch Klageverjährung verloren ging, so muß diese auch der präjudiciellen Klage entgegenstehen. (Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1 S. 97.) Imploranten nennen die von ihnen angestellte Klage eine actio praejudicialis in der anderen Bedeutung dieses Ausdrucks, nach welcher darunter solche Klagen verstanden werden, welche den Status, den persönlichen Zustand eines Menschen, betreffen, und sie behaupten, daß Status-

---

einem Inbegriff solcher durchaus gleichsteht. Sie empfängt ihre besondre Natur auch im Preuß. R. durch ihren Gegenstand und ihren Grund. Ihr Grund ist nicht Eigenthum an dem Restitutionsobjekt ex tit. des Erbrechts, sondern das aus dem Erbrecht folgende Recht des Erben an den zur Erbschaft gehörigen Sachen im weitesten Sinne, welches nicht identisch ist mit dem Eigenthum daran, sich selbst auf fremde Sachen erstreckt, mag der Erbe sie als fremde kennen oder nicht. Ihr Gegenstand ist die Erbschaft als Ganzes (universalis) oder ein Theil derselben (partiaria). Aus beiden Besondernheiten folgen erhebliche Abweichungen von der rei vindic. für den Beweis, die Aktiv- und Passiv-Legitimation, das Restitutionsobjekt.

Kläger ist danach der Erbe, Nr. 230, Bd. 2 S. 468, Testaments-, Intestat-, Universal- oder Partialerbe, und derjenige, der durch Erbrecht oder Erbschaftskauf, letztres nach §§ 447 (448), 454, 456 I 11, d. h. ex titulo universali (nicht speciali) in sein Recht getreten. Zur Begründung der Klage gehört die Behauptung und der Nachweis des beanspruchten Erbrechts und daß der Beklagte die Erbschaft ganz oder theilweise als solche besitzt oder in andrer, dem Besitz gleichstehenden Weise vorenthält. Wo der Kläger testamentarisches Erbr. behauptet, ist dieses, wo Intestaterbrecht, ist ein Verwandtschaftsgrad zu behaupten und zu erweisen, der nach dem Gesetz Erbrecht giebt. Wie dieser Beweis zu führen, hängt von der konkreten Sachlage ab; daß er auch im Prozeß, nicht blos im Erblegitimationsverfahren außerhalb des Prozesses, zu führen, darüber vgl. Nr. 171, Bd. 1 S. 924. Nimmt der Bekl.

klagen nicht verjähren. Dies widerlegt sich für den gegenwärtigen Fall durch die schon gemachte Bemerkung, daß eine Frage des Status gar nicht vorliegt, und es kann deshalb die nicht unbezweifelte Frage, ob nicht auch solche, den Status betreffende Klagen der Verjährung unterliegen, auf sich beruhen (cfr. v. Savigny l. c. S. 275—277). — Daß nach preuß. R. eine solche Unterscheidung zwischen der eine Präjudicialfrage zur Entscheidung bringenden, und der die Hauptsache selbst betreffenden Klage, welche auf die Klageverjährung Einfluß haben könnte, ebensowenig stattfindet, unterliegt keinem Bedenken. Die Imploranten haben ein Gesetz, das etwas Entgegengesetztes bestimmen möchte, nicht angeführt, und die AGO. sieht in I 46 §§ 2, 3 einen Streit unter Erbprätendenten über ihr Erbrecht nur als einen der bei einer Erbschafts-Regulirung möglichen Streitpunkte an, über welche vorweg entschieden werden muß, ehe mit der Erbtheilung vorgegangen werden kann. Daß hiernach endlich auch die Behauptung der Imploranten über Verkennung des Wesens und der rechtlichen Natur der Präjudicial-Klage und des Rechtsbegriffes der Verjährung, der Begründung entbehrt, versteht sich von selbst.

Zweitens behaupten Imploranten, daß, wenn auch die vorliegende Klage ebenso, wie die hereditatis petitio, in dreißig Jahren verjähren sollte, dennoch die Verjährung, den Klägern gegenüber, nicht zur Anwendung kommen dürfe. Denn es könne der Anfang derselben, wenn sie stattfinden sollte, nur auf den Tag der Präklusion im Jahre 1850 gesetzt werden, und da der App.-Richter dies nicht gethan, so habe er hierdurch § 3 I 46 AGO., § 46 I 17, §§ 494, 495, 502 I 9, §§ 16, 17, 25 II 16 und §§ 847—852 II 18 ALR. verletzt. Die ganzen Bestimmungen wegen des Aufgebots unbekannter Realinteressenten, die Nachtheile, die erst mit der Präklusoria dem wirklichen Erben, welcher sich nicht gemeldet habe, erwüchsen, seien nur verständlich, wenn man den § 494 I 9 ALR. in ihrem (der Imploranten) Sinne auffasse, und der § 27 II 16 sei nur eine Anwendung jenes § 494 I 9, indem dort der Fiskus den Erben repräsentire, und nicht als Occupant erscheine.

Dieser Angriff ist jedoch nicht begründet und vielmehr der Ausspruch des App.-Richters gerechtfertigt, daß der Anfang der Verjährung resp. actio nata, für die vorliegende Klage, wie bei der hereditatis petitio, auf den Tag der Besitzergreifung der Verlassenschaft pro herede oder pro possessore falle, also in die nächste Zeit nach dem im Jahre 1775 erfolgten Ableben des Erblassers.

Dies ergiebt sich, wenn die Fälle, in denen ein solches Präklusions-Urtel nach den landrechtlichen Vorschriften erlassen werden kann, näher in das Auge gefaßt werden.

Es wird in I 9 ALR. unterschieden, ob die Erben eines Verstorbenen bekannt und gegenwärtig sind, oder nicht. Sind die Erben bekannt und gegenwärtig, so können sie ohne Weiteres sich in den Besitz des Nachlasses setzen, gemäß § 367 I 9. Wenn aber wegen mangelnder Legitimation der sich meldenden mehreren Erben,

---

auch Erbr. in Anspruch, so hat der Kläger nicht die Nichtexistenz dieses, sondern das von ihm behauptete Erbr. zu beweisen, also nicht den negativen Beweis zu führen, daß kein andrer näherer Erbe vorhanden; jener ist keineswegs mit diesem identisch. So lag die Sache z. B. in RG. 8 S. 243 unt. Nr. 171, Bd. 1 S. 927, 928. Ist die Erbsch. als erblose behandelt und vom Gericht in Verwahrung genommen, um ev. dem Fiskus als erblose ausgehändigt zu werden, so hat gemäß § 482 I 9, § 24 II 16 der auf das Aufgebot sich meldende Erbprätendent sein Erbrecht gegenüber dem fiscus nachzuweisen, für den die Erbsch. als erblose in Besitz genommen. Auf diesem Punkte zeigt sich einer der wesentlichen, aus der Natur der Klage folgenden Unterschiede von der Singularklage, die der Erbe als persönliche Klage oder rei vindic. aus dem auf ihn übergegangenen Eigenthum des Erblassers an einer speziellen Sache gegen den anstellt, der sie ex speciali titulo besitzt, nicht als Erbschaft. Denn in letztrem Falle hat der Kläger wie bei der gewöhnlichen rei vindic. nicht blos das Eigenthum, sondern auch dessen Uebergang auf ihn, d. h. daß er wahrer Erbe geworden, zu beweisen, so daß der Bekl. ihn z. B. dadurch, daß er behauptet und beweist, daß der Erblasser einen Sohn gehabt, während der Kläger Bruder des Erblassers, zum Nachweise zwingen kann, daß dieser Sohn nicht mehr vorhanden. Ebenso kann sich die Sache gestalten, wenn der mit der her. pet. Belangte nicht Erbrecht beansprucht, sondern Besitz ex spec. titulo behauptet und erweist. Stützt dagegen der Bekl. sein Recht ebenfalls auf Erbrecht, so kann er nur be-

oder aus anderen gesetzlichen Gründen, es nothwendig wird, daß das Erbschaftsgericht die Erbeslegitimation prüfen muß, so ist nach § 483 das. diesem Gericht der Nachweis des Erbrechts zu führen. Dasselbe soll dann nach § 485 erwägen, ob Vermuthungen obwalten, daß noch nähere oder gleich nahe Erben vorhanden seien und, wenn dies nicht der Fall ist, den Nachlaß den sich meldenden Erben herausgeben, nach § 486, falls sie, selbstverständlich, nicht schon vom Erbanfall an im Besitze sich befunden hatten. Finden sich aber solche Vermuthungen, so sollen dieselben nach § 487 ff. zwischen dem sich angebenden Erben und dem entweder schon bestellten oder noch zu bestellenden Curator, näher erörtert werden, und es bleibt auch dem Gerichte überlassen, falls es dies nöthig findet, noch ein allgemeines Aufgebot des Nachlasses, oder eine besondere öffentliche Vorladung der vermuthlich noch vorhandenen näheren, oder gleich nahen Verwandten zu veranlassen.

Wenn nun an diese Vorschriften die des § 494 sich anschließt mit den Worten: Erben, gegen welche nach erfolgter öffentlicher Vorladung ein Präklusions-Urtel ergangen ist, werden zwar dadurch, so lange die Verjährungsfrist noch nicht verflossen ist, ihres Erbrechtes selbst noch nicht verlustig, — (worauf im § 495 der Nachsatz folgt: Sie müssen sich aber alle Verfügungen gefallen lassen, welche der Besitzer des Nachlasses in Ansehung eines Dritten darüber getroffen hat:) — so ist das dort gedachte Aufgebot und demnächst die Präklusion der Erben, augenscheinlich nur dazu bestimmt, außer Zweifel zu setzen, daß diejenigen Erben, die sich bereits dem Erbschafts-Gericht legitimirt haben, oder noch zeitig genug legitimiren, für die einzigen und wahren Erben erachtet werden dürfen. Diese Eigenschaft erlangen sie aber nicht erst durch den Abschluß des Legitimations-Verfahrens, vermittelst des Präklusions-Urtels, sondern sie besaßen dieselbe schon früher, von Zeit des Erbanfalls an, und wenn sie zugleich den Nachlaß titulo heredis im Besitz gehabt hatten, so muß die Verjährung, welche nach § 494 dem, nach dem Präklusions-Urtel erst sich meldenden Erben entgegengesetzt werden darf, auch von dem Zeitpunkte der Besitzergreifung des wirklichen, wenngleich erst später legitimirten Erben beginnen. Denn dieser hatte ja pro herede besessen und von diesem Zeitpunkte ab spätestens konnte auch der Erbprätendent sein angeblich besseres Recht gegen den Besitzer der Erbschaft geltend machen; in demselben begann daher die Verjährung durch Nichtgebrauch nach § 545 das. **Anders liegt die Sache, wenn bei Eröffnung der Erbschaft die Erben unbekannt sind.** Hier dient die nach § 477 das. zu veranlassende öffentliche Vorladung derselben dazu, dieselben erst zu ermitteln, und wenn sich in dem anberaumten Termine kein Erbe meldet, oder der sich Meldende sein Erbrecht nicht nachzuweisen vermag, so hat das erlassene Aufgebot nach § 481 die Wirkung, daß die Erbschaft als herrenlos dem Staate anfällt. Das Weitere hierüber ist aus II 16 ALR. §§ 16 ff. zu ersehen. Es hat in diesem Falle Fiskus gemäß § 25 das. alle Rechte und Pflichten eines gemeinen Erben an einem solchen Nachlasse erlangt, doch

---

weisen, daß **sein** Erbrecht ein bessres, oder ein gleiches, nicht daß **ein Andrer** ein bessres Erbr. hat, da dies nichts wäre, als eine exc. de jure tertii, dem Kläger gegenüber, der ein bessres Erbrecht hat, als der Beklagte, der Beklagte die Restitution nicht aus seinem Erbrecht, welches keines ist, weigern kann. (Vgl. RG. 3 S. 359, 362; 8 S. 171 für gem. R.; RG. 8 S. 243 unt. Nr. 171, Bd. 1 S. 927, 928.)

Zur Begründung der Klage gehört weiter, daß der Bekl. entweder Erbrecht (bessres oder gleiches) prätendirt und dadurch Erbschaft vorenthält oder Erbschaft unter Prätension der Erbeneigenschaft oder ohne jeden Rechtsgrund oder aus einem nichtigen oder vom Erben anfechtbaren Titel besitzt, deshalb zur Erbschaft restituiren muß. Bei anfechtbarem Rechtsgrunde hat der Erbe aber nöthigenfalls zu beweisen, daß er wahrer Erbe, dem die Anfechtung allein zusteht. Inwiefern dabei auch **der einzelne Erbe** klagen kann, ist nur konkret nach den Grundsätzen I 17 und der rechtlichen Natur des Anfechtungsgrundes zu entscheiden.

Hiernach ergiebt sich zugleich, wer Beklagter ist. Beklagter ist, wer gleiches oder bessres Erbrecht prätendirt, und dadurch die Erbsch. vorenthält, wer Erbschaft als Erbe oder ohne Rechtsgrund (pro herede oder pro possessore) besitzt, aber auch der Kurator, Pfleger, der das Erbrecht des Prätendenten bestreitet und dadurch der Besitznahme der Erbschaft Hinderniß bereitet, vgl. Erk. a. u. b. Nr. 171, Bd. 1 S. 924, — auch der Erbschaftskäufer nach §§ 447, 454, 456, 462, 463 I 11. Vgl. OHG. 12 S. 43; Nr. 204, Bd. 2 S. 151.

bestimmt § 24, daß er sich den Nachlaß nicht eher zueignen darf, als bis alle dazu etwa Berechtigte öffentlich aufgerufen, folglich auch präkludirt worden; er erlangt also auch nicht früher den Besitz des Nachlasses, und wenn daher § 27 das. ferner verordnet: Ein rechtmäßiger Erbe, welcher nach erfolgtem Präklusions-Urtel, jedoch innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist, sich noch meldet, hat mit einem Verschollenen, der nach der Todes-Erklärung zurückkommt, gleiche Rechte; — so kann die hier gemeinte Verjährung erst mit der nach dem Präklusions-Urtel erfolgenden Uebergabe des Nachlasses an den Fiskus beginnen.

In ähnlicher Weise nimmt in dem Falle, wo ein Verschollener für todt erklärt und dessen Nachlaß seinen legitimirten Erben ausgehändigt worden ist, eine dreißigjährige Verjährung mit dem Tage der rechtskräftigen Todes-Erklärung ihren Anfang, zu Gunsten des besitzenden Erben gemäß § 582 II 18 ALR. und der nach Ablauf dieser Verjährungsfrist sich meldende Verschollene kann vom Besitzer des Vermögens nur, soweit dasselbe dazu hinreicht, einen, nach seinem Stande nothdürftigen Unterhalt fordern. Sein Erbrecht hat er durch Verjährung verloren.

Gründe: b. Wenn im jetzigen Prozesse dem klagenden Vormunde für seinen Kuranden $^1/_5$ der Revenüen des L.'schen Nachlasses vom Tage der Insinuation der Klage im Vorprozesse bis zum 5. Nov. 1850 zuerkannt ist, so stützt sich diese Entscheidung darauf, daß die Beklagten durch die Insinuation der Klage im Vorprozesse in malam fidem versetzt worden seien und deshalb die Verbindlichkeit haben, die bezogenen Revenüen des $^1/_5$ des Nachlasses an Kläger herauszugeben, wobei sich der App.-Richter namentlich auf den § 222 I 7 ALR. bezieht. Diese Vorschrift hatte bei der Redaktion des ALR. zu monitis Anlaß gegeben, und es ward berücksichtigt, daß die bloße Klage nicht immer dem Beklagten von der Rechtmäßigkeit des Anspruches Ueberzeugung gewähren könne, und daß besonders in dem Falle, wo dem Kläger durch das nachfolgende Urtheil noch ein Eid auferlegt worden, erst der Tag des abgeleisteten Eides als Anfangspunkt der Unredlichkeit des Besitzes angenommen werden müsse.

Diese monita sind aber nicht beachtet, und das Gesetz ohne alle Beschränkung so gefaßt worden, wie es oben zitirt ist. (Vgl. Simon und v. Strampff, über Besitz und Verjährung S. 322. und Bornemann's Preuß. Civilr. Bd. 1 S. 238.) Man muß daher dem App.-Richter beitreten, daß durch den § 222 a. a. O. eine allgemeine Regel gegeben ist, nach welcher die Unredlichkeit des Besitzes durch die Insinuation der Klage vermöge einer praesumtio juris et de jure festgestellt ist, was denn auch, wie Bornemann bemerkt, mit der Vorschrift AGO. I 7 § 48 unter c. und d. übereinstimmt. Hierdurch wird für den Fall der angestellten Klage und deren Insinuation der § 17 I 7 ALR. von der Anwendung ausgeschlossen, der

Hinsichtlich des Besitzers, qui dolo desiit possidere, gilt das unter Nr. 254 Gesagte. Vgl. § 498 I 9.

Gegen den, der nicht als Erbe oder ohne allen Rechtsgrund besitzt, sondern aus einem wirklichen oder putativen Singulartitel, kann die hered. pet. immer nur durchdringen, wenn sie zugleich als vindic. oder publ. begründet. Sie verliert ihren Charakter als her. pet. allerdings dadurch allein nicht, daß der Bekl. einen solchen Spezialtitel, sei es vom Erblasser oder von einem Dritten behauptet; der Bekl. hat ihn zu beweisen, sobald der Kläger die Nachlaßqualität erwiesen, und der Kläger die Wirkung des Titels dann zu beseitigen. (Vgl. RG. 10 S. 161 für gem. R.) Wo der Bekl. sich auf einen Titel vom Erblasser und Besitz von diesem, Besitz vor dem Erbfall, beruft, hat der Kläger zu beweisen, daß die Sache trotzdem zum Nachlaß zu restituiren. Für den Fall, daß der Bekl. nach dem Erbfall von einem Andren, als dem wahren Erben erworben, kommen die §§ 494 ff., 497 I 9 (II 18 §§ 842, 847 ff.) in Betracht, deren Grundsatz auch in den §§ 6, 7 Ges. v. 12. März 1869 enthalten. Demnach ist die her. pet. wie die vindic. u. publ. gegen denjenigen ausgeschlossen, der bona fide auf Grund lästigen Vertrages von demjenigen erworben, der als Erbe legitimirt, ohne wahrer Erbe zu sein.

Hiernach bestimmt sich die Vertheidigung des Beklagten. Behauptet er Erbe zu sein, so hat er, wie oben bereits dargelegt, sein bessres Erbrecht darzuthun; der Beweis, daß ein

Tag dieser Insinuation ist ein für allemal und ohne Ausnahme zum Normtermine gemacht, und die Behauptung der Imploranten, daß der App.-Richter die §§ 16, 17 a. a. O. verletzt habe, erscheint als grundlos.

Nun vermeinen zwar dieselben, daß sich die Vorschrift des § 222 a. a. O. nur auf den Fall der Vindikation einer einzelnen Sache beziehe und hier nicht eintreten könne, wo es sich um Herausgabe der Quote eines Nachlasses gehandelt, und diese nicht einmal im Vorprozesse verlangt, sondern nur Anerkennung des Erbrechts des Kuranden auf $^1/_5$ zu dem väterlichen Nachlaß, gefordert sei, sie behaupten, daß hier nur der § 243 I 12 ALR. entscheide, welche Ausmittelung hier erst durch Ableistung des im Vorprozesse erkannten Eides und Abfassung der Purifikatoria geschehen sei. Allein die Vorschrift des § 222 I 7 ist, wie bemerkt, allgemein, läßt keine Ausnahme zu, und kann keineswegs blos auf die Vindikation einer einzelnen Sache bezogen werden. Dies ergiebt sich deutlich aus § 497 I 9 ALR., wo gerade von Herausgabe einer Erbschaft an einen nach der Präklusion sich meldenden Erben gehandelt, und in Betreff der Frage über Unredlichkeit und Unrechtfertigkeit des Besitzes auf die Vorschriften des siebenten Titels verwiesen wird.

Der von den Imploranten angezogene § 243 I 12 setzt allerdings die Ausmittelung des besseren Rechts des Prätendenten voraus; er bestimmt aber Nichts über die Art dieser Ausmittelung und hebt den § 222 I 7 a. a. O. nicht auf, der also im Falle einer angestellten Klage (hereditatis petitio) immer entscheidend bleibt. Auch ist in dieser Gesetzstelle nur von dem Schutze des Erbschafts-Inhabers, wenn er im redlichen Besitze ist, die Rede.

Endlich muß man zwar anerkennen, daß im Vorprozesse nicht eigentlich auf Herausgabe des fünften Theils des L.'schen Nachlasses geklagt, und auf sie nicht erkannt worden ist. Aber der Antrag auf Anerkennung des Erbrechts auf Höhe von $^1/_5$, und die Verurtheilung der Beklagten zur Anerkennung dieses Erbrechts war doch eben nur das Mittel, zum Besitz dieses $^1/_5$ zu gelangen. Mußte diese Prätension anerkannt werden, so war, der Sache nach, dem Kuranden $^1/_5$ der Erbschaft zugesprochen; die Herausgabe konnte nicht mehr verweigert werden, und sie war eine nothwendige Folge des vom Richter (unter vorausgesetzter Ableistung des Eides) für begründet angesehenen Anspruches des Prätendenten.

Gründe: c. Die §§ 821—855 II 18 ALR. handeln von der Aufhebung der Vormundschaften über Abwesende durch deren Todes-Erklärung. Dabei verordnen die §§ 834, 835, 840, 841, daß nach erfolgter Todes-Erklärung des Abwesenden dessen Vermögen dem Vertrags-Testaments- oder gesetzlichen Erben zufallen, und daß es bei Bestimmung der gesetzlichen Erbfolge auf den Tag der Rechtskraft des Todes-Erklärungs-Urtels ankommen, so lange dasselbe aber noch nicht rechtskräftig

---

Andrer Erbe, ist unstatthaft. Ist der Kläger wahrer Erbe, so kann der Bekl. sich darauf, daß er das aus einem putativen tit. pro her. besessen und ersessen, nicht berufen. Der tit. pro her. setzt, wie unt. Nr. 183, Bd. 1 S. 1056, 1057 dargelegt, stets wahren Titel und überdies nicht eine Erbschaftssache, sondern eine fremde, im Nachlaß befindliche Sache voraus und wirkt nur gegen den Nichterben. Darüber, daß der Bekl. Erbe (Miterbe), soweit es sich um eine spezielle Sache handelt, nicht einwenden kann, daß die Sache eine fremde, dem Erblasser nicht gehört, vgl. Erk. Nr. 162, Bd. 1 S. 847 und Erk. d. Nr. 167, Bd. 1 S. 879 u. S. 885.

Beruft der Beklagte sich auf einen Spezialtitel, nimmt also die Sache nicht als Erbe in Anspruch, so gestaltet sich, wie bereits hervorgehoben, die Sache verschieden, je nachdem er Erwerb vom Erblasser oder einem Dritten, vor oder nach dem Erbanfall, behauptet. Wird die Qualität als Gegenstand des Nachlasses vom Kläger dargethan, hat der Bekl. seinen Titel zu beweisen.

Von besondrer Bedeutung ist der Einwand der Verjährung. Daß derselbe gegen die her. pet. zulässig wie gegen die vindic. und publ. weist das Erk. a. nach; darüber ist jetzt weder im gem. R. (RG. 8 S. 243, 245; 11 S. 234; 12 S. 179) noch im Preuß. R. mehr ein Zweifel; der § 494 I 9 setzt ebenso wie § 852 II 18 die Zulässigkeit des Einwandes direkt voraus. Der § 76 I 17 steht nicht entgegen; er bezieht sich nur auf die Erbtheilungsklage,

geworden, oder das dem Erben zuerkannte Vermögen noch nicht verabfolgt sei, der Nachweis, daß der Abwesende früher oder später gestorben, also der Anfall an einen anderen Erben gediehen sei, zugelassen werden solle. Sodann bestimmt der § 842: Ist das Vermögen einmal verabfolgt, so findet der Nachweis, daß der Abwesende früher oder später gestorben und nach diesem Zeitpunkte seines natürlichen Todes das Vermögen einem Anderen angefallen sei, nur mit der Wirkung statt, daß der solchergestalt ausgemittelte wahre Erbe den Nachlaß von dem Besitzer zwar zurückfordern kann, jedoch dabei nicht mehr Rechte hat, als der Erblasser selbst, wenn er nach der Todes-Erklärung zurückgekommen wäre, gehabt haben würde, §§ 847 ff. — Der § 847 aber verordnet: Meldet sich der Abwesende nach der Todes-Erklärung, so kann er sein Vermögen, soweit dasselbe oder dessen Werth noch vorhanden sind, zurückfordern, — und die §§ 844, 848—851 bestimmen, in welchen Ausnahmefällen der Besitzer des Vermögens dasselbe zu allen Zeiten vollständig herausgeben müsse, sowie daß derselbe sonst überall als redlicher Besitzer anzusehen sei, und daß ein dritter, an welchen von dem Vermögen etwas schenkungsweise gelangt sei, die erhaltene Summe oder Sache nur dann dem zurückgekommenen Eigenthümer herauszugeben habe, wenn das Geschenkte oder dessen Werth sich noch wirklich in seinen Händen befinde.

Hiermit stimmen im Wesentlichen auch die Vorschriften der §§ 494—498 I 9 ALR. von den Wirkungen der Präklusion unbekannter Erben überein. Denn diese sollen zwar durch das Präklusions-Urtel innerhalb der Verjährungsfrist ihres Erbrechts selbst noch nicht verlustig gehen (§ 494), sie müssen sich aber alle vom Besitzer des Nachlasses in Ansehung Dritter getroffenen Verfügungen gefallen lassen, können von einem Dritten, der etwas aus dem Nachlasse aus bloßer Freigebigkeit überkommen hat, eine dergleichen Sache oder Summe nur dann zurückfordern, wenn dieselbe noch in seinen Händen ist, oder derselbe dadurch in dem Besitze eines Vortheils sich noch wirklich befindet (§§ 495, 496).

Die Rechte des sich meldenden Erben gegen den Besitzer der Erbschaft selbst aber sind, je nachdem derselbe sich in einem redlichen oder unrechtfertigen (unredlichen) Besitze befunden hat, zu beurtheilen (§ 497), doch soll auch der redliche Besitzer, welcher die Substanz der Erbschaft ganz oder zum Theil gegen Entgelt veräußert hat, dem wahren Erben für den daraus gelösten Werth gerecht werden (§ 498). Der § 497 verweist dabei auf die Vorschriften I 7 ALR. und dessen § 188 bestimmt, daß der redliche Besitzer dem wahren Eigenthümer die Sache in dem Stande, in welchem sie sich wirklich befindet, herausgeben muß.

Der § 221 I 7 aber nimmt in Betreff des Eigenthümers gegen den gewesenen redlichen Besitzer, welcher die Sache veräußert hat, auf die Bestimmungen I 15 ALR. Bezug. Danach soll der redliche Besitzer die Sache, wenn er sie unentgeltlich an sich gebracht, unentgeltlich, sonst aber gegen Erstattung des dafür Gegebenen oder

---

d. h. die Klage, die auf Grund bestehender Gemeinschaft deren Aufhebung fordert; sie ist keine her. pet., setzt vielmehr voraus, daß das Miteigenthum unbestritten besteht und geltend gemacht werden kann; wo es in Folge Verjährung nicht geltend gemacht werden kann, sind die §§ 76, 117 I 17 nicht anwendbar. Davon geht auch das Erk. a. aus und der Grundsatz ist wiederholt ausgesprochen in ObTr. 12 S. 176, 186, 187 (Erk. a. Nr. 174, Bd. 1 S. 945), im Präj. 2333; ObTr. 22 S. 32 (StrA. 4 S. 230) zu I 17; StrA. 15 S. 248; 34 S. 197. Für die Verj. ist es gleichgültig, ob die Erbschaft im objektiven Sinne, oder die Erbsch. im subj. Sinne, das Erbrecht, Gegenstand der Klage, d. h. ob nur auf Anerkennung, Feststellung des Erbrechts oder Miterbrechts oder zugleich auf Restitution geklagt wird, da das Ziel der Klage, auch der Präjudizialklage, Restitution der vorenthaltenen Erbsch. ist, und wo diese nicht zu erreichen, weil der Anspruch nicht mehr besteht, die actio praej. werthlos ist, die Entscheidung keine praktische, nur die Entscheidung einer Rechtsfrage wäre. Vgl. Erk. a.

Ueber Beginn, Unterbrechung, Wirkung der Verjährung, Restitution gilt Alles, was für die Verjährung überhaupt unt. Nr. 174 ff., Bd. 1 S. 945 dargelegt. Wie bei der rei vindic. kann die Verjährung erst mit einer Thatsache beginnen, welche das Erbrecht des Klägers verletzt und den Anspruch auf Restitution begründet, d. h. weder schon mit dem Erbanfall, noch erst mit der Präklusion, wenn Aufgebot stattgefunden, Erk. a. in den Gründen, sondern mit dem Moment, wo sich der Dritte in einem dem Erbrecht widerstreitenden Besitz befindet, vgl.

Geleisteten dem Eigenthümer zurückgeben (§§ 24—26). Derjenige redliche Erwerber einer fremden Sache aber, welcher dieselbe bona fide weiter veräußert hat, soll dem Eigenthümer, soweit dieser auf andere Weise nicht vollständig entschädigt werden kann, den bei der Veräußerung gezogenen Vortheil, d. h. den Ueberschuß, der ihm nach Abzug des für die Sache Gegebenen und der darin anderwärts her als aus der Sache selbst gemachten Verwendungen übrig bleibt (§ 29) und zwar der Regel nach nur innerhalb Jahresfrist nach geschehener Veräußerung (§ 30) zu verabfolgen gehalten sein (§ 28), sofern er nicht nachweisen kann, daß er diesen Vortheil durch Zufall wieder verloren habe (§ 31), wogegen der Eigenthümer auch nach Ablauf eines Jahres, von der erfolgten Veräußerung an gerechnet, die Herausgabe dieses Vortheils zu fordern berechtigt sein soll, wenn er den Beweis zu führen vermag, daß der Andere sich in dessen Besitz noch wirklich befindet (§ 32).

Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß der redliche putative Erbschafts-Besitzer im Falle des § 842 II 18 ALR. dem sich nachträglich meldenden wahren Erben die Erbschaft nur mit Beschränkungen zu restituiren hat. Diese bestehen namentlich darin, daß Letzterer, Dritten gegenüber, sich alle Zwischen-Dispositionen des Ersteren — außer den freigebigen — gefallen lassen muß (§§ 495, 496 I 9 § 24 I 15), — daß dieser als redlicher Besitzer zurückgiebt, insbesondere die Nutzungen und Zinsen behält (§ 497 I 9, §§ 188 ff. I 7) und daß er nur den wirklich gezogenen Vortheil zu restituiren, namentlich für veräußerte Erbschafts-Sachen nur den gelösten, nicht ihren wirklichen Werth zu ersetzen hat (§ 498 I 9). Dies Alles beweist, daß der redliche putative Erbe aus eigenen Mitteln nichts zu vertreten, sondern lediglich das, was er aus der Erbschaft noch hinter sich hat, zu restituiren braucht, daß er also nur aus der Bereicherung verhaftet ist. Denn er hat die überkommene Erbschaft nur soweit, als dieselbe oder deren Werth noch vorhanden ist, zurückzugeben, § 847. Ebenso unterliegt es keinem Bedenken, daß der die Rückforderungsklage aus der Bereicherung anstellende wahre Erbe den Beweis zu führen habe, daß jener zur Zeit des Anspruchs noch im Besitze des Vortheils, den er, um keinen Schaden zu leiden, herausgegeben verlangt, sich befinde. Handelt es sich um Sachen, die der putative Erbe aus der Erbschaft in Besitz genommen hat, so liegt selbstredend dem klagenden wahren Erben der Beweis ob, daß sie im Besitze des Verklagten noch vorhanden sind.

Anders stellt sich die Beweisfrage, wenn der Vortheil, dessen Herausgabe verlangt wird, in baarem Gelde besteht, welches der putative Erbe aus dem Nachlasse des für todt erklärten Abwesenden in Empfang genommen hat. Denn nach § 265 I 13 gilt der Grundsatz, daß, wenn Jemand Geld in sein Vermögen überkommt, in der Regel ohne Weiteres Bereicherung eintritt. Daß aber die einmal eingetretene Bereicherung für eine dauernde anzusehen sei, folgt, abgesehen von der die Erstattungsverbindlichkeit bei

---

§§ 243 ff. I 12. (Vgl. auch RG. 11 S. 234 für gem. R. ebenso.) Ob und unter welchen Umständen Abwesenheit, Verschollenheit des wahren Erben den Beginn der Verjährung nach den Grundsätzen der §§ 512 ff. I 9 hindern, darüber vgl. das Erk. a. Nr. 174, Bd. 1 S. 945 u. ObTr. 42 S. 59 (StrA. 36 S. 243), das. S. 949.

Für die Restitution gilt im Wesentlichen dasselbe, wie bei der Vindikation. Es kommt auch hier darauf an, ob der Besitzer redlich oder unredlich. Darauf beruhet § 497 I 9 (§§ 844, 845, 847 ff. II 18). Die Vermuthung für den redl. Besitz gilt auch hier. Sie ist namentlich da zu beseitigen, wo der Besitzer auf Grund gerichtlicher Legitimation, nach Aufgebot, Präklusion in den Besitz der Erbschaft gelangt ist. Wer von dem falschen Erben oder dem nicht alleinigen Erben durch Erbschaftskauf redlich erworben, hat zwar nach §§ 454, 456 I 11 auch zu restituiren, da die §§ 495, 496 I 9; §§ 842, 849, 850 II 18 für ihn nicht anzuwenden, aber doch nur als redl. Besitzer, wenn er ein solcher, daher nur gegen Einlösung, §§ 25, 26 I 15; Nr. 254b. Daß mit der Behändigung der Klage nach § 222 I 7 der Erbschaftsbesitzer wie bei der vindic. als unredl. Besitzer fingirt wird, weist Erk. b. nach. Für das, was der redl. Besitzer vor der Klage veräußert, haftet er nach den §§ 28 ff. I 15, regelmäßig daher nur auf den vorhandenen Vortheil, Erk. c. Zum Erk. c. vgl. Nr. 254 Erk. d. Für Verschlechterung und Werthsverminderung vor und nach der Klage haftet der Besitzer wie bei der vindic. Einen solchen Fall behandelt StrA. 79 S. 3 für gemeines R.,

stattgehabter wirklicher Verwendung geltenden Regel des § 273, aus der Fungibilität des Geldes, weil, außer dem Ausnahmefalle des Unvermischtbleibens, mit dem Augenblicke der eine Vermischung in sich enthaltenden Vereinnahmung eine Separation der bestimmten einzelnen Geldstücke, die sich in Jemandes Vermögen befinden, unmöglich ist. Eingenommenes Geld muß entweder verloren, oder ausgegeben oder noch vorhanden sein. Ein weiterer Fall ist nicht denkbar. Ist es noch vorhanden, vermischt mit anderem Gelde des putativen Erben oder nicht, so unterliegt die Verbindlichkeit desselben zur Herausgabe keinem Bedenken, und ebenso ist andererseits anzunehmen, daß er von dieser Verbindlichkeit frei wird, wenn er das Geld durch einen Zufall verloren oder verschenkt hat, da er auch für unentgeltlich veräußerte Sachen nicht verantwortlich ist (§ 28 I 15 ALR.).

Hieraus ergeben sich folgende Beweisregeln: Der wahre Erbe hat zu beweisen, daß und wieviel Geld der Verklagte aus dem Nachlasse bekommen hat, ohne daß er des weiteren und besonderen Nachweises, er habe dasselbe mit seinem Gelde vermischt, zu führen hat, denn wenn es unvermischt geblieben ist, so muß bis zum Nachweise des Gegentheils dessen Nochvorhandensein für festgestellt erachtet werden, wenn es aber nicht mehr vorhanden, zu anderem Gelde des Verklagten genommen, also mit demselben vermischt sein.

Will dann der Verklagte sich gegen die Rückforderung schützen, so hat er die Thatsachen anzugeben und zu beweisen, auf Grund deren er den Einwand stützen will, daß die durch die Empfangnahme des Geldes einmal eingetretene Bereicherung seines Vermögens nicht mehr vorhanden sei.

Im vorliegenden Fall hat daher die Klägerin nur zu beweisen gehabt, daß die Verklagte 72 Thlr. Erbschaftsgeld vereinnahmt habe.

Danach stellt sich aber der erste Angriff der Implorantin gegen die Entscheidung des App.-Richters als nicht begründet dar. Denn derselbe hat keineswegs verkannt, daß im vorliegenden Falle zur Begründung der Klage der Nachweis gehört habe, daß der der Verklagten ausgezahlte Betrag von 72 Thlr. oder im Falle der Verwendung zu ihrem Vortheile, dessen Werth, noch in ihrem Vermögen vorhanden sei, sondern hat nur angenommen, daß, weil baares Geld in das Vermögen der Verklagten gelangt sei, dieses als eine dauernde Verbesserung ihres Vermögens und die dadurch eingetretene Bereicherung bis zu dem, der Sachlage entsprechend, ihr obliegenden, aber nicht angetretenen Beweise des Verlustes als eine fortdauernde anzusehen sei. Diese Ausführung des App.-Richters steht wesentlich im Einklange mit den oben entwickelten Grundsätzen sowohl über die Restitutionspflicht des putativen Erben, dem wahren Erben gegenüber, als auch hinsichtlich der Beweisregeln im Falle einer Bereicherung des Ersteren durch Vereinnahmung baaren Geldes, einer Sache, bei deren Rückforderung, ihrer Fungibilität wegen (§§ 120, 121 I 2) und weil es in der Regel nicht vindizirt werden kann (§§ 45, 46 I 15 ALR.), nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Unterschied von anderen nicht fungibeln Sachen ge-

---

wo die verehl. A. sich nach dem Tode ihres Mannes in den Besitz des Nachlasses 1846 gesetzt, 1867 rechtskräftig zur Herausgabe verurtheilt war und vom Kläger demnächst in Anspruch genommen wurde, weil die herausgegebenen Werthpapiere in der Zeit von der Klagezustellung bis zur Restitution im Kurse gesunken waren. Die Klage auf Erstattung der Kursdifferenz ist abgewiesen, weil die dadurch herbeigeführte Verschlechterung auf Zufall, nicht auf Versehn beruhte, l. 25 § 2; l. 54 § 2; l. 40 pr. D. 5, 3. Dasselbe würde nach dem unter Nr. 255 Dargelegten auch für Preuß. R. gelten.

Die Verpflichtung zur Rechnungslegung besteht nach dem PlPräj. 2729 Erk. d. Nr. 255 auch hier; nach AGO. I 46 § 7, der in den Gründen das PlPräj. benutzt, ist sie hier aber andrer Natur. Sie besteht danach als Pflicht zur Vorlegung von Inventar und Administrationsrechnung auch für den redl. Besitzer, auch der Erbtheilungsklage gegenüber; sie ist mit der Manifestationspflicht verbunden und insofern nicht ganz dasselbe wie die Rechnungslegungspflicht des Besitzers gegenüber der vindic. Vgl. RG. 14 S. 200, 208 für gem. R.

Für das Objekt der Restitution ist der unt. Nr. 167, Bd. 1 S. 879 entwickelte Begriff der Erbschaft von Bedeutung.

Ueber die Frage, welche Natur die Klage des Pflichttheilserben hat, vgl. bei II 2.

macht werden muß, auch wenn in einer speziellen Gesetzesvorschrift zwischen Geld und anderen Sachen nicht besonders und ausdrücklich unterschieden ist. Durch die Anerkennung dieses Unterschiedes, in Verbindung mit seiner übrigen Argumentation, hat sonach der App.-Richter einer unrichtigen Anwendung der als verletzt bezeichneten §§ 842, 847 II 18, § 498 I 9, §§ 28, 32 I 15 ALR. sich ebensowenig schuldig gemacht, als einer Verletzung des § 274 I 13 ALR., und zwar dieses letzteren § um so weniger, als die Verklagte im Sinne desselben als eine „Unfähige" nicht angesehen werden kann. Thatsächlich unangefochten steht ebenso fest, daß das in Rede stehende Erbschaftsgeld, die 72 Thlr., in das Vermögen der Verklagten gelangt ist, als daß diese unter dem Bestreiten, durch die Erbschaft noch jetzt reicher zu sein, auf die Angaben, kein Vermögen zu besitzen, sondern nur eine Pension von 200 Thlr. zu haben, sich beschränkt hat. Sie will also den durch die Vereinnahmung des Geldes gehabten Vermögens-Vortheil wieder verloren haben und zur Substantiirung dieses Einwandes, wodurch sie sich gegen die Verpflichtung zur Restitution dieses Vortheils an die, als wahre Erbin ein besseres Recht als sie auf das Geld habende, Klägerin schützen will, hätte sie Thatsachen anführen und unter Beweis stellen müssen. Dies hat sie nicht gethan und der App.-Richter hat deshalb mit Recht angenommen, daß der Vortheil in ihrem Vermögen dauernd geblieben, also noch vorhanden und von ihr zu restituiren sei.

BAYERISCHE STAATS BIBLIOTHEK MUENCHEN

Register der bearbeiteten Entscheidungen.*)

1. Striethorst's Archiv Bd. 1—100.

1. Band.

2. Band.

*) Die vollständig abgedruckten Entscheidungen sind durch Beifügung des Datums der Entscheidung erkennbar gemacht.

Die den Seitenzahlen vorgesetzten römischen Ziffern I u. II bedeuten den I. bezw. den II. Band des vorliegenden Werkes.

9. Band.

10. Band.

11. Band.

Seite		Seite
112		I 801.
117		II 335.
122		I 217.
150		II 482.
160		I 256.
162		II 567.
167		I 391.
187		I 647.
200		I 647.
204		I 553.
209		I 400.
250		II 152, 394, 409.
263		II 679.
264		II 675, 677.
287		II 556.
293		II 656.
300	v. 1/2 58.	I 62, 85.
336		I 364.

29. Band.

1		I 846.
4		II 556.
11		II 421.
26		I 343.
43		I 818.
54	v. 4/2 58.	I 446.
55		I 691.
68	v. 4/2 58.	I 505, 509.
85		I 229, 230.
88		I 504, 505.
95		I 50.
98		I 13.
109	v. 16/2 58.	II 118.
112		II 313.
143		I 666.
166		II 87, 111.
182		I 152.
209		I 673.
214		II 289.
219		I 152.
227		II 101.
235		I 1100.
262		I 559.
265		I 238.
283		I 344.
289		I 704.
291		I 79.
306		II 434, 533.
319		I 722.
335		II 48.
355		I 86, II 115.

30. Band.

Seite		Seite
7		II 254.
11	v. 12/12 56.	I 466, II 257.
43		II 514.
55		I 760, 771.
102		II 329.
106	v. 14/6 58.	I 131, 631, 633.
113		I 521, II 375, 376, 378.
116		I 497.
117		I 817.
122		I 309, 424.
135		II 773, 774.
150	v. 28/6 58.	I 307, 311, 972, 973.
158		I 172.
170		II 659, 661, 666.
184	v. 12/7 58.	I 124, 126.
212		II 124, 301.
234		I 666, 955.
236		II 163.
244		I 235, 241.
251		I 300, 301.
254		I 176.
258		I 484.
276		I 707.
282		I 412.
300		I 82.
314		I 82.
344		I 240, II 158.
350		II 316, 341.
353	v. 16/11 58.	I 74.
355		I 663.

31. Band.

4		II 480, 482, 519.
37		II 636.
41		I 679.
47		I 746, 780, 942, 1039.
55		I 300.
59		II 110, 114, 118.
68		I 612, 613.
86		I 519, 937.
87		I 518.
136		I 951.
145		I 468.
167		II 753, 755.
177		II 256, 276, 282.
204	v. 29/11 58.	II 458.
301		I 341.
304		I 242, 341.
325	v. 8/12 58.	I 850.
327		I 356.
336	v. 14/12 58.	II 644.
341		I 951.
348		I 951.
353		II 78.
364		I 942.

32. Band.

33. Band.

34. Band.

35. Band.

42. Band.

43. Band.

44. Band.

45. Band.

Seite	Seite
248	I 795.
282	I 191.
309	I 2.
310	I 2.
315	I 419.
321	I 933.
333	I 108, II 218.
347	I 913.
361	II 271, 284, 622, 633, 634, 638.

49. Band.

1 v. 11/2 59.	I 771, 772.
4	I 442.
6 v. 23/6 62.	II 104.
14	II 376.
19	I 676.
40	I 50, 72, 174.
45	I 50, 124, 125.
49	I 101, 747.
55	I 101, 747.
73	II 674.
101	I 668.
102	I 714.
105	I 913.
114	I 362.
119	I 104, 743.
127	I 306.
138	I 497.
172 v. 23/4 63.	II 594.
176	I 437.
207	II 219.
210	I 264.
237	I 986.
245	II 389.
287	I 610.
298	I 621, 1000.
300 v. 27/6 63.	II 632.
305	I 89, 90.
306	I 86.
313	II 554, 607.
323	II 70.
326	I 362.
333	I 394.
338	I 356.
341	I 1082.
359 v. 18/7 63.	I 672, 692, II 628.

50. Band.

Seite	Seite
1	I 204.
8 PlPr. 2720 v. 3/3 62.	I 992.
20	I 521.
28	II 603.
31 v. 20/4 63.	II 104.
46 PlPr. 2729 v. 4/5 63.	II 621, 779.
52	I 105.
67	I 1072.
80	I 256.
83	II 657.
86	II 304.
94	I 426.
108	II 560.
114	I 206.
117	I 206.
118	I 564.
131	I 653, 661.
139	I 100.
160	I 901.
175	I 1102, 1104.
200	I 42.
206	I 673, II 57.
213 v. 3/9 63.	II 696.
216	I 579.
230	I 1025.
257	I 81.
263	I 81.
270	II 680.
283 v. 24/9 63.	I 1018, II 644.
292	I 288, II 251.
295	I 934.
312	II 601.
325 v. 9/10 63.	I 546, II 128.

51. Band.

7 v. 28/2 63.	I 147.
12 v. 26/3 63.	I 557, II 569, 631.
13	II 630.
21	II 630.
22	I 371, 397, II 630, 791.
26	II 791.
27	I 985, 1005, 1016, 1018.
33	I 107, 109, 748.
55	II 375, 376.
72 v. 11/9 63.	I 265.
89	I 713.
92	I 237, II 64, 568, 609.
102	II 360.
103	II 421.
127 v. 25/9 63.	I 683, 690.
131	I 715.
138	I 567.
148	I 934.
157	I 859.
161	I 646.
172	II 98.

63. Band.

64. Band.

65. Band.

87. Band.

88. Band.

89. Band.

100. Band.

2. Die Entscheidungen des Obertribunals Bd. 1—83.

1. Band.

Seite		Seite
9	v. 4/3 36.	I 175.
19		II 279.
32		I 70, 98.
41		I 70.
56		II 11.
61		II 11.
75		II 438.
81	v. 16/5 36.	II 446.
120		I 496, 521.
121	Anm. II.	I 526.
131	v. 2/5 36.	I 515.
161		II 256, 267, 270.
235		I 125, 127.
240		I 125, 127.
247		I 725, 726.
304		I 908.
315	Pr. 106 v. 1/12 36.	II 280.
363		I 230, 359, 360, 406.
366	Pr. v. 12/8 36.	I 380.

2. Band.

Seite		Seite
68		I 1077.
133		II 625.
152		I 1077.
161		I 399, 401.
201		I 651, 1032, 1033, 1098.
208		I 1033.
226		II 639.
232		I 912.
253		I 912.
260		II 247, 403.
261	Pr.	II 403.
263		I 643, 645.
267		I 137.
304		II 507.
312		II 507.
332	v. 25/3 37.	II 3, 261, 263.
360	Pr. 327.	II 327.
383		I 145, II 83.

3. Band.

Seite		Seite
15		I 535.
37		I 622.
88		I 1002.
108	Pr. 303.	I 1046.
124		I 53.
147		I 208, II 326.
165	PlBeschl. v. 8. u. 13/1 38.	I 941, 974.
180		I 1078.
242		I 471.
247		I 222, 298.
292		I 1.
302	Pr. 465 v. 7/5 38.	I 122, II 46, 151.
316		I 967.
324	v. 14/10 37.	I 439, II 260, 635.
341	Pr. 436 v. 3. u. 7/2 41.	I 360, 368.

4. Band.

Seite		Seite
23	v. 25/5 38.	II 178.
70	v. 5/5 38.	II 1, 262, 263, 275.
80		II 455, 456.
86		II 455.
88		II 454, 455.
93	v. 21/7 38.	II 323.
117		I 176, 334, 371.
122		I 176.
123		I 176.
126		II 491.
127	Pr. 502.	II 490.
134		II 156.

16. Band.

17. Band.

Seite		Seite
144	v. 18/8 48.	I 451, 533.
152		I 274.
154	Pr. 2100 v. 7/4 48.	I 120, 179, II 253.
155		II 502.
158	Pr. 2087.	II 249, 272.
164	Pr. 2074 v. 6/12 48.	II 299.
167		II 286.
168		II 289.
173	Pr. 2032.	II 278, 283.
176	Pr. 2082 v. 13/12 48.	I 451.
184		I 426, II 61, 557.
192	Pr. 2083.	II 428, 442, 443, 451.
201	v. 24/1 49.	II 493.
224		II 447, 452.
228		II 447, 452.
229		II 452.
230		II 577.
239		II 688.
245	Pr. 2021.	II 639.
270, 272, 273.		I 174.
314		I 976.
361	v. 25/1 49.	I 257, 932, 935.
365	v. 19/6 48.	I 36.
372		I 38, 39.
374		I 101, 746.
416		I 172.
417		I 1076.
422	v. 23/11 48.	I 1097.
452		I 1037.
457		I 329.
461		I 332.
490	Pr. 1949 b.	I 203, II 211.
498		I 203.
505	Pr. 2078.	I 1018.
507		I 700.
511	Pr. 2105.	I 185.
515	Pr. 2219.	I 4.

18. Band.

Seite		Seite
3	PlPr. 2161 v. 7/11 49.	I 631, 668, 687, 1043.
11	Pr. 2160 v. 2/4 49.	I 717, 723, II 810, 811.
19		II 551.
28		II 548.
36		II 548.
39	v. 21/11 49.	I 85.
137	v. 10/9 49.	I 57.
146	v. 26/9 49.	I 69.
151	v. 6/11 49.	I 257.
157	Pr. 2125.	I 674.
160		I 982.
170	Pr. 2115 v. 13/4 49.	I 990, 992, 1011, 1012.
178		I 1028.
182	v. 1/11 49.	I 661, 955, 1074.
192	Pr. 2118.	I 1100.
201		II 364.
206	v. 30/3 49.	II 631.
207		I 309, 329, 354, II 560.
214	v. 6/9 49.	II 667.
220		I 292, II 593.
225	Pr. 2091 v. 13/11 48.	II 683, 718, 719.
232		II 157, 163.
242	v. 20/2 49.	I 219, 404, 699.
250		I 176.
254		I 219.
264		I 248.
297		II 334.
316	v. 29/11 49.	I 163, 165, II 179, 183.
319		II 103.
326		I 26.
334		I 26.
400		II 434.
405		I 164.
415		I 1077, 1078.
540	Pr. 2191.	I 934, II 675, 677.

19. Band.

Seite		Seite
3		I 623.
11	PlPr. 2168 v. 7/1 50.	I 590, II 695.
29	PlPr. 2196 v. 22/4 50.	I 304, 328, 355, II 561, 627, 629, 630.
53	Pr. 2173.	I 3, 766, 771.
59		I 176, 403.
69		I 323.
73		I 355, 374.
76	Pr. 2189.	I 382, 508.
83	Pr. 2152 v. 30/10 49.	I 371, 380, II 787.
90		I 468.
93	Pr. 2146.	I 489.
96		I 536.
104	Pr. 2200 v. 26/3 50.	I 784.
113		I 832.
121		I 900.
124		I 906, II 506.
134	v. 25/2 50.	I 963.

23. Band.

24. Band.

25. Band.

38. Band.

39. Band.

40. Band.

41. Band.

71. Band.

72. Band.

73. Band.

74. Band.

75. Band.

76. Band.

77. Band.

78. Band.

79. Band.

3. Simon u. v. Strampff: Rechtssprüche der Preuß. Gerichtshöfe Bd. 1—4.

1. Band.

Seite	Seite
31	I 696.
37	I 243.
52	II 699.
59	II 530.
77, 86	II 623.
105	I 952.
108	II 698, 707.
118	I 316.
119	I 289.
120	II 329.
124	II 487.
125	II 485.
188	II 321.
303, 308	II 599.
310	I 12.
429	II 780.
434	I 580.

2. Band.

Seite	Seite
50	I 894.
56 v. 13/12 10.	II 476, 478.
75	I 413.
95	I 336.
202	I 88.
248	II 322.
266	II 688.
393, 409	I 652.

3. Band.

80, 86	II 472, 474.
90 v. 5/7 26.	I 563.
172 v. 15/8 33.	I 316.
243	II 776.
339, 350	I 160.
471, 508, 511, 532, 533, 580	I 1005.

4. Band.

3 v. 19/3 34.	I 126.
15	I 623.
22	I 524.
81	II 529.
201	I 1082.
223, 236	II 382.
288	I 112, 680.

4. Rechtsfälle aus der Praxis des ObTr. Bd. 1—5.

1. Band.

Seite	Seite
167 v. 17/5 47.	I 316.
172	I 125.
247 v. 10/6 47.	I 241.

2. Band.

141	II 185.
184	II 144.
312	II 755.

4. Band.

Seite	Seite
197 v. 24/6 48.	I 436.
401	I 618.

5. Band.

362	I 600.

5. Präjudizien des Obertribunals Nr. 1—3000.

6. Schlesisches Archiv.

Bd.	Seite
2 S. 134, 141.	I 1080.
3 „ 612 v. 6/4 39.	II 478.
5 S. 329.	II 201.

7. Arnsberger Archiv.

Bd.	Seite
9 S. 411 Nr. 1300 v. 20/5 43.	I 603.
12 S. 61 Nr. 1628.	I 842.

8. Ulrich's Archiv.

Bd.	Seite
4 S. 245 ff.	II 395.
4 „ 513 v. 9/1 37.	II 163.
6 „ 531.	I 778.
13 S. 169 v. 11/1 47.	I 484.
16 „ 79.	I 1099.

9. Gruchot's Beiträge.

Bd.	Seite
7 S. 232.	II 687.
15 „ 521.	II 657.
17 „ 325 v. 1/3 53.	II 721.
17 „ 868 v. 24/1 73.	II 435.
21 S. 821.	I 92.
24 „ 979.	II 413.
26 „ 974.	II 435.

10. Erkenntnisse des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte.

Justiz-Ministerial-Blatt.

11. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.

12. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 1—25.

23. Band.

24. Band.

13. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1—14.

1. Band.

Seite	Seite
8	II 613.
24	II 690.
89	I 583, 604.
109	I 538.
115	I 173, II 168.
125	I 83.
130	II 171.
131	I 646, 649.
143	II 650.
155	I 113, 664, II 814.
159	II 650.
164	I 592, II 741.
165	II 207.
168	I 646.
171	I 748.
173	I 646.
175	I 199.
178	I 873, 874.
180	I 873, 874.
187	II 254.
188	I 321.
204	II 317, 662.
265	I 1018.
282	II 77.
315	II 257.
344	II 709.
346	II 709.
349	II 222, 355.
355	II 68.
359	II 68.
366	I 851.
368	I 138, 169.
372	I 840.
375	II 14.
378	I 321.
382	II 332.
391	I 643, 644, II 663.
398	I 138, 169.
425	II 332.
438	I 423.
445	I 423.

2. Band.

Seite	Seite
1	II 78.
5	I 121, II 398.
9	I 1002.
13	I 83.
26	I 474, 485, 486.
30	II 559, 580.
34	II 580.
45	II 643.
49	I 416.
58	I 1004.
118	I 193.
121	II 118.
158	I 521, 1004.
166	II 609.
168	II 64.
173	II 64.
187	II 721.
188	I 884.
191	I 666, 955, 956.
194	II 584.
196	I 804, 805.
201	II 118, 119.
202	II 88.
204	I 465.
205	I 508, II 88.
208	I 579, 738.
212	I 579.
213	I 598, 756, 815, II 762, 810.
215	I 598, II 762, 810.
216	II 111, 112.
228	I 240, II 26, 32, 38, 795, 797.
231	II 26, 32, 38.

Die unter Nachträgen und Berichtigungen (Band I Seite VII u. VIII — hinter dem Titelblatte) verzeichneten Entscheidungen sind in vorstehendem Register mit derjenigen Seitenzahl aufgenommen, wo sie einzuschalten sind.

Quellenregister zu Band I und II.

Vor 1793.

1793.

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Vom 6. Juli 1793.

Theil II.

Theil III.

Anhang.

1794—1798.

1800—1809.

1810.

1811.

1812.

1813.

1814.

1815.

1816.

1853.

1854.

1855.

1856.

1857.

1860.

1861.

Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch.

Ferner: 1861.

1863.

1864.

1865.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung. Mit Erläuterungen von **H. Rehbein** u. **O. Reincke**, Reichsgerichtsräthen. Dritte verbesserte Aufl. 1885. 4 Bände à M. 7,50; in 4 Leinenbänden à M. 8,25; in 4 eleganten Halbfranzbänden à M. 9.

Allgemeine Deutsche Wechselordnung mit Kommentar in Anmerkungen und der Wechselprozeß nach den Reichs-Justizgesetzen. Herausgegeben von **H. Rehbein**, Reichsgerichtsrath. Dritte verbesserte Auflage. 1886. Cartonnirt M. 3,50.

Die Deutsche Civilprozeßordnung. Für das Studium und die Praxis erläutert von **O. Reincke**, Direktor am Landgericht I zu Berlin (jetzt Reichsgerichtsrath). 1885. M. 14; gebunden M. 15,50.

Pandekten von **Heinrich Dernburg**, ord. Professor d. Rechtes an der Universität Berlin.

I. Band (allgem. Theil und dingliche Rechte). 1885. M. 13,50; eleg. gebdn. M. 15,25.
II. Band (Obligationenrecht). 1886. M. 7,50; eleg. gebdn. M. 9,25.
(Der Schlußband erscheint 1887.)

Die Reichs-Konkursordnung und ihre Ergänzungsgesetze. Mit Erläuterungen. Von **Willenbücher**, Landgerichtsdirektor. 1885. Gut cartonnirt M. 6.

Das Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen von **Dr. P. Kayser**, Wirkl. Legationsrathe im Auswärtigen Amt. 1884. 173 Seiten; gut cartonnirt M. 4.

Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen. Von **Dr. A. W. Heffter**, Obertribunalsrath a. D., ord. Prof. des Rechts ꝛc. Siebente Ausgabe, bearbeitet von **Dr. F. H. Geffcken**, o. Prof. des öffentl. Rechts an der Universität Straßburg. 1882. 491 Seiten. M. 12; eleg. gebunden M. 14. Dasselbe Werk in französ. Sprache unter dem Titel: Le droit international. 4. Aufl. 1883. M. 13; eleg. gebunden M. 15.

Das Kostenfestsetzungsverfahren und die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Mit Erläuterungen und Beispielen von **Willenbücher**, Landgerichts-Direktor. 1884. Gut cartonnirt M. 3,50.

Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (Theil I—III und die Nachtragsgesetze — sogenannter IV. Theil) in ihrer heutigen Gestalt und Geltung. Herausgegeben von **J. Basch**, Landrichter a. D., Rechtsanwalt. 2., wesentlich verbesserte Auflage. 1884. Cartonnirt M. 6.

Klage und Einrede nach Deutschem Recht. Auf Grundlage der Reichsgesetze unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der wichtigsten Partikularrechte dargestellt von **W. Kroll**, Landgerichtsrath. 1884. M. 6,50; geb. M. 7,50.

Das Aufgebotsverfahren nach Preußischem Recht, unter besonderer Berücksichtigung des in den neu erworbenen Landestheilen bestehenden Rechtszustandes bearbeitet von **Dr. P. Daude,** Staatsanwalt. 1881. Cartonnirt M. 6.

Das Preußische Grundbuchrecht in seiner gegenwärtigen Geltung. Gesetzestext mit erläuternden Anmerkungen von **Willenbücher,** Landgerichtsdirektor. 1882. gr. 8. 362 Seiten. Gut cartonnirt M. 6,50.

Die Justiz-Ministerial-Verfügungen aus den Jahren 1839—1878 in ihrer heutigen Geltung. Mit Verweisungen auf die neueren Verfügungen von **J. Basch,** Rechtsanwalt bei dem Landgericht I zu Berlin. 1884. M. 15.

Das Baurecht in den landrechtlichen Provinzen Preußens unter besonderer Berücksichtigung der in den übrigen Preußischen Landestheilen geltenden sowie der außerpreußischen Gesetzgebung von **W. Müller,** Amtsgerichtsrath in Bocholt. 1883. Cartonnirt M. 4.

Das Verfahren nach der Reichs-Konkursordnung erläutert an Beispielen. Ein Handbuch für die gerichtliche Praxis und für Konkursverwalter. Von **Otto Richter,** Amtsgerichtsrath. 1885. gr. 8°. M. 4,50; geb. M. 5,50.

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch und **Allgemeine Deutsche Wechselordnung** nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen, erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausgegeben von **J. Basch,** Landrichter a. D., Rechtsanwalt. Zweite verbesserte Auflage. 1885. Gebunden in einem Bande (392 S.) M. 2; Ausgabe mit Seerecht (642 S.) gebunden M. 4.

Gewerbe-Ordnung für das Deutsche Reich in der durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 1. Juli 1883 veröffentlichten Fassung, nebst den von Reichswegen erfolgten Ergänzungen und Ausführungsvorschriften. Erläutert von **Dr. P. Kayser,** Wirkl. Legationsrathe im Auswärtigen Amt. 1884. 250 Seiten; gut cartonnirt M. 2.

Die Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 und die darauf bezüglichen Gesetze. Erläutert von **Arnold Hesse,** Amtsgerichtsrath. gr. 8. Zweite Auflage. 1881. M. 5; eleg. gebunden M. 6.

Die Landgüterordnung für die Provinz Brandenburg vom 10. Juli 1883. Mit Erläuterungen von **M. Schultzenstein,** Amtsrichter. M. 4,50.

Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen nach Preußischem Recht. Von **W. Peters,** Landgerichtsrath. 1884. 100 Seiten. M. 2.

Das Entmündigungsverfahren gegen Geisteskranke, Verschwender und Gebrechliche. Nach der Reichs-Civilprozeßordnung und den Deutschen Landesgesetzgebungen bearbeitet von **Dr. P. Daude,** Staatsanwalt. 1882. M. 3,50.

Die Preußischen Jagdgesetze vom Allgemeinen Landrecht an bis auf die neuere Gesetzgebung. Mit Kommentar in Anmerkungen von **Dr. P. Kohli,** Amtsrichter. 1882. kl. 8. Cartonnirt M. 1,60.

Das Preußische Gesinderecht im Geltungsbereiche des Allgem. Landrechts. Dargestellt von **H. Posseldt,** Amtsgerichtsrath. 2. Aufl. bearbeitet von **C. Lindenberg,** Amtsrichter in Berlin. 1886. Cartonnirt M. 1,50.

Die Grundbuchberichtigungen nach Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörden. Von **Stöckel,** Regierungsrath. 1886. M. 1,50.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von **Dr. P. Daude,** Staatsanwalt. 2. Aufl. 1886. 372 Seiten. Taschenformat; gebunden M. 2,20.

Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich und das Gerichtsverfassungsgesetz. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Von **Dr. P. Daude,** Universitätsrichter bei der Königl. Universität Berlin. 1886. Taschenformat; gebdn. M. 3,50.

Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wichtigsten das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze. Zum Handgebrauch für den Preuß. Praktiker erläutert und herausgegeben von **A. Dalcke,** Ober-Staatsanwalt. Dritte, vermehrte Auflage. 1885. 700 Seiten. Elegant gebunden M. 6.

Handbuch der Strafvollstreckung und Gefängnißverwaltung in Preußen. Herausgegeben von **A. Dalcke,** Ober-Staatsanwalt, und **F. Genzmer,** Staatsanwalt. 1881. Cartonnirt M. 6.

Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren. Von **A. Dalcke,** Ober-Staatsanwalt. 1886. Cartonnirt M. 6.

Das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880. Mit Erläuterungen und Sachregister von **Dr. P. Daude,** Staatsanwalt am Landgericht I zu Berlin. Dritte, vermehrte und verbesserte Auflage. 1885. Cartonnirt M. 2.

Das Preuß. Forstdiebstahlsgesetz vom 15. April 1878 bearbeitet von **Schönfeld,** Amtsrichter in Gnesen. 1884. Cartonnirt M. 1,50.

G. Pätz'sche Buchdruckerei (Otto Hauthal) in Naumburg a/S.

Rehbein, H.

Die Entscheidungen des vormaligen Preussischen Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Civilrechts Für das Studium und die Praxis bearbeitet und herausgegeben von H. Rehbein
Bd.: 2

Berlin 1887

Decis. 153 b-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11585440-3